

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

**Sob uma perspectiva infantojuvenil no contexto luso-brasileiro**

**Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas**

**Especialidade em Direitos Fundamentais**

Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães

Lisboa

2020



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

## **O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

**Sob uma perspectiva infantojuvenil no contexto luso-brasileiro**

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais- apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, sob a orientação do Senhor Professor Doutor João Pedro Oliveira de Miranda.

Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães

Orientador: Prof. Dr. João Pedro Oliveira de Miranda.

Lisboa

2020

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação  
(CIP)

GUIMARÃES, Juliane Mósso Beyruth de Freitas.

O direito fundamental à convivência familiar: sob uma perspectiva infantojuvenil no contexto luso-brasileiro/ Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães - Lisboa, 2020.

315 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica Especialidade: Direitos Fundamentais) - Universidade de Lisboa, 2020.

Orientador: Senhor Professor Doutor João Pedro Oliveira de Miranda.

Bibliografia: f. 286-309

1. Direito Fundamental. 2. Direitos Humanos. 4. Luso-brasileiro.

I.Título.

CDD

Dedico este trabalho aos meus pais, Julio Cezar e Rosane, anjos terrenos que sempre me guiaram para o caminho das pessoas de bem e plantaram a semente da essencialidade da família em minha vida. A Rodrigo, Lucca e Luiza, família que escolhi e que me ajuda na tarefa diária de regar esta semente.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, pelo bem da vida. Gratidão eterna ao meu grande e estimado mestre na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Profº Doutor João Pedro Oliveira de Miranda, também meu orientador, pelas suas preciosas lições e por ter abraçado esta jornada em minha companhia. Dentre as suas inúmeras qualidades, em que se destaca o vasto conhecimento jurídico, jamais poderia deixar de notar a sua grandeza espiritual, presente em todos os seus gestos e no sincero carinho para com os seus alunos. Qualquer palavra aqui aposta seria insuficiente para traduzir a minha admiração e o meu agradecimento por ter sido orientada por jurista desta envergadura.

À minha amada família. A meu pai, Julio Cezar, de quem herdei o gosto pelos livros. À minha mãe, Rosane, não só pelo exemplo de força, mas também porque foi com quem aprendi, na prática, a importância da convivência familiar na vida das pessoas. Aos meus filhos, Lucca e Luiza, por terem compreendido com resignação a necessidade de subtração de inúmeras horas do nosso convívio para que este projeto se transformasse em realidade. Ao meu amado Rodrigo, pela paciência com as minhas oscilações de humor, pelo companheirismo e, sobretudo, por me ter ajudado a sair da zona de conforto. Agradeço, ainda, à Fernanda, minha querida irmã de coração, pelo apoio emocional e por todo o auxílio prestado nos momentos em que mais precisei, já que o início da adaptação em terras lusitanas não foi tarefa fácil.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, meu segundo lar e a quem tenho dedicado minha vida nestes últimos dezesseis anos, não há palavras para agradecer a parceria e a confiança. Sou imensamente grata à Cristina, minha prezada amiga e companheira de ofício, por ter aceitado o desafio de compensar, com maestria, a minha ausência prolongada, assumindo funções tão delicadas para que eu pudesse me dedicar a um sonho de longa data. Agradeço também a cada um dos queridos componentes da equipe da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de São Gonçalo, sempre engajados na defesa da dignidade das inúmeras crianças e adolescentes com os quais se deparam diuturnamente, com especial destaque para a minha secretária e fiel escudeira de anos, Gláucia, bem como para as queridas Cláudias.

Devo sinceros agradecimentos também ao Desembargador Paulo Guerra, que tão gentilmente me recebeu e com quem tive a honra de trocar inúmeras ideias de ordem prática,

todas de extrema valia para este trabalho. Manifesto também o meu agradecimento acompanhado de admiração à Sra.Celina Cláudio, pelo trabalho desenvolvido pela Mundos de Vida, que tanto contribui para a difusão e fortalecimento do acolhimento familiar, em Portugal. A todos os meus colegas de mestrado, pelas discussões jurídicas, críticas e sugestões que fizeram brotar ideias valiosas e a todos os meus amigos que me incentivaram e ajudaram de alguma forma a concretizar este sonho. Meu sincero muito obrigada a todos!

(...) Quero o afago dos meios-dias, das noites estreladas, a sofreguidão do imenso amor que alguém tem de sentir por mim, pelo que sou, pelo que faço, pelo que anseio. Ensinaaram-me que uma família é um perfil e nunca uma vaga. Quero a estimulação comprometida e personalizada levada a cabo, entre serpentinas e justas admoestações, por um cuidador, a quem quero chamar de mãe e de pai, de pai e de pai, de mãe e de mãe, mesmo que eu não tenha conhecido, deles e delas, as plácidas águas felizes da placenta. Não tenho de ter pais perfeitos. Quem os tem? A perfeição é uma quimera. Mas pode ser um caminho desassossegado aquele que eu sigo por entre as veredas do quotidiano normalizado de quem, não sendo perfeito, é perfeitamente adequado na sua mortal normalidade. Não quero ser pasto para discursos políticos. Quero ficar no meu canto, com alguém que é, de facto, louco por mim. Isso basta-me... Exijo uma família. Essa é a minha quimera.<sup>1</sup>

(Paulo Guerra)

---

<sup>1</sup> Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 7.

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo geral de realizar uma abordagem jusfundamentalista da temática da convivência familiar, despertando a comunidade científica para o fato de que todos e, em especial, as crianças e os adolescentes, têm o direito a uma família, o que pode ser um fator determinante para o pleno desenvolvimento de suas personalidades. Na maioria das vezes, quando nos deparamos com o tema, este é analisado somente sob o prisma do Direito de Família. O que tencionamos desenvolver neste trabalho é uma abordagem da convivência familiar sob a ótica dos Direitos Fundamentais, com todos os desdobramentos que tal ponto de vista acarreta, dentre os quais, a necessidade de justificação relevante para a sua eventual restrição, sem, contudo, descuidar da sua índole jusfamiliar. Desenvolveremos o raciocínio jurídico para atingir alguns objetivos específicos, de forma a obter respostas para três indagações principais: É possível destrinchar e concretizar o direito à convivência familiar, através da delimitação do seu conteúdo, da sua titularidade e da sua natureza jurídica nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil? Como compatibilizar tal direito com o princípio do superior interesse da criança? De que forma o Direito pode contribuir para que nenhuma criança seja privada desta convivência? Para tanto, adotaremos como ponto de partida um enquadramento histórico-comparativo do regime jurídico da infância e da juventude no contexto internacional e luso-brasileiro, seguido da análise da convivência familiar sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Na sequência, debruçaremos-nos sobre a principiologia específica do direito infantojuvenil, para, em seguida, apresentarmos argumentos jurídicos para posicionar a convivência familiar como direito fundamental nos ordenamentos jurídicos abordados e, concomitantemente, pontuar as principais consequências práticas deste enquadramento. Neste diapasão, empreenderemos uma análise sobre os principais deveres do Estado para garantir a convivência familiar. Faremos também um percurso através dos principais instrumentos jurídicos para assegurar a convivência familiar a crianças e adolescentes, totalmente ou parcialmente privados deste direito. Ao longo do trabalho, apresentaremos algumas reflexões acerca do que ainda pode ser feito para efetivar tal direito. Por questões metodológicas, discorreremos sobre os temas propostos e, ao final de alguns capítulos, traremos alguns julgados, de forma que possamos reafirmar a abordagem prática de cada discussão.

Palavras-chave: criança, adolescente, direito fundamental, convivência familiar, desenvolvimento da personalidade.



## **ABSTRACT**

The present work has the general objective of carrying out a constitutional approach to the theme of family life, awakening the scientific community to the fact that everyone, and especially children and adolescents, have the right to a family, which can be a determining factor for the full development of their personalities. Most of the time, when we come across the topic, it is analyzed only from the perspective of Family Law. What we intend to develop in this work is also an approach to family living from the perspective of Fundamental Rights, with all the consequences that such a point of view entails, among which, the need for relevant justification for its eventual restriction, without neglecting its importance for Family Law. We will develop legal reasoning to achieve some specific objectives, in order to obtain answers to three main questions: Is it possible to concretize the right to family life, by delimiting its normative content, its holders and its legal nature in the Constitutional and legal systems from Portugal and Brazil? How to make this right compatible with the principle of the child's best interests? How can the law contribute so that no child is deprived of this right? For that, we will adopt as a starting point a historical-comparative framework of the legal regime of children and youth in the international and Portuguese-Brazilian context, followed by the analysis of family life from the perspective of the human dignity. We will look at the specific principles related to children, to then present legal arguments to position family life as a fundamental right in the legal systems addressed and, at the same time, point out the main practical consequences of this framework. We will undertake an analysis of the main duties of the State to guarantee family life, take a journey through the main legal instruments to ensure family life for children and adolescents (totally or partially deprived of this right), and also present some reflections on what can still be done to make this right effective. For methodological reasons, we will discuss the proposed themes and, at the end of some chapters, bring decisions related to the topics, so that the practical approach of each discussion can be reaffirmed.

**Keywords:** child, adolescent, fundamental right, family life, personality development.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art./Arts	Artigo/ Artigos
AR	Assembleia da República
AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CNA	Cadastro Nacional de Adoção (Brasil)
CNCA	Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (Brasil)
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CCB	Código Civil brasileiro
CC	Código Civil português
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça (Brasil)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
CDC	Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Coord.	Coordenação
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ed.	Edição
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº 8.069/90 (Brasil)
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância (Em inglês: United Nations International Children's Emergency Fund)
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Brasil)
INE	Instituto Nacional de Estatística (Portugal)
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo- Lei nº 147/1999 (Portugal)
LPI	Lei de Protecção à Infância- Decreto-Lei de 27 de maio de 1911 (Portugal)
LTE	Lei Tutelar Educativa- Lei nº 166/1999 (Portugal)
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
OTM	Organização Tutelar de Menores- aprovada pelo Decreto-Lei nº 44.288, de 20 de abril de 1962 (Portugal)
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível- Lei nº 141/2015 (Portugal)
RJPA	Regime Jurídico do Processo de Adoção- Lei nº 143/2015 (Portugal)
TJ	Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO COMPARATIVO DA EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO CONTEXTO INTERNACIONAL E LUSO-BRASILEIRO.....</b>	<b>21</b>
1.1 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude no contexto internacional.....	21
1.2 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude em Portugal..	44
1.3 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude no Brasil.....	52
<b>2. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO INFANTOJUVENIL.....</b>	<b>58</b>
2.1 Premissas básicas acerca do conteúdo e da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana para fins do objeto deste trabalho.....	59
2.2 Breves notas sobre a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.....	63
2.3 A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e a família (sob a perspectiva da convivência familiar).....	66
<b>3. PRINCIPIOLOGIA ESPECÍFICA DO DIREITO DAS CRIANÇAS.....</b>	<b>89</b>
3.1 Princípio da não discriminação.....	94
3.1.1 Fontes.....	94
3.1.2 Conteúdo.....	98
3.2 Princípio do superior interesse da criança (ou do melhor interesse da criança).....	103
3.2.1 Fontes.....	103
3.2.2 Terminologia.....	108
3.2.3 Conteúdo.....	109
3.3 Princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento.....	122

3.3.1	Fontes.....	122
3.3.2	Conteúdo.....	122
3.4	Princípio do respeito pelas opiniões da criança.....	125
3.4.1	Fontes.....	125
3.4.2	Conteúdo.....	128
3.4.3	Questões relevantes sobre o princípio.....	135
3.5	Princípio da prevalência da família (ou da manutenção das relações familiares).....	138
3.5.1	Fontes.....	138
3.5.2	Conteúdo.....	139
<b>4.</b>	<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....</b>	<b>144</b>
4.1.	Considerações iniciais.....	144
4.2.	Fontes.....	146
4.3.	Conteúdo .....	149
4.4	Titularidade.....	154
4.5	Breves notas de Direito Comparado.....	164
4.6.	Natureza jurídica.....	168
4.6.1	O enquadramento da convivência familiar na CRP como direito fundamental.....	169
4.6.2	O enquadramento da convivência familiar na CRFB como direito fundamental.....	180
4.7	Os principais desdobramentos/consequências do enquadramento jusfundamental da convivência familiar nos ordenamentos jurídicos abordados.....	183
<b>5</b>	<b>OS DEVERES DO ESTADO PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....</b>	<b>195</b>
5.1	Os deveres do Legislador.....	199
5.2	Os deveres do Julgador.....	203
5.3	Os deveres da Administração Pública.....	210

<b>6.</b>	<b>OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....</b>	<b>216</b>
6.1	Guarda.....	217
6.2	Tutela.....	234
6.3	Acolhimento familiar.....	239
6.4	Apadrinhamento.....	256
6.5	Adoção.....	266
	<b>REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....</b>	<b>281</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>286</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o objetivo geral de promover uma mudança no paradigma de enfoque normalmente conferido ao direito à convivência familiar. Em primeiro lugar, perscrutando-lhe sob um prisma constitucional, seja através da análise da sua natureza jurídica, dos seus titulares, do seu conteúdo e das consequências que esta chancela jusfundamental lhe confere, seja perquirindo instrumentos para fazer com que a sua força normativa não se dilua na prática. Para atingir tal objetivo geral, pretendemos abordar alguns objetivos específicos: 1- Apresentar um enquadramento histórico comparativo e evolutivo do regime jurídico dos direitos da criança, até os dias atuais, para fins de contextualização, tanto em termos internacionais, como no cenário luso-brasileiro; 2- Estabelecer uma relação direta entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a convivência familiar; 3- Analisar brevemente a principiologia específica do direito das crianças e dos adolescentes, procurando contribuir para uma densificação do princípio do superior interesse da criança sob a ótica da convivência familiar; 4- Apresentar fundamentos jurídicos para afirmar que a convivência familiar é um direito fundamental, nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, com a análise do seu conteúdo, da sua natureza jurídica e dos seus titulares, demonstrando, ainda, algumas consequências práticas de tal enquadramento; 5- Delinear os deveres fundamentais do Estado para garantir o direito à convivência familiar; 6- Identificar os principais instrumentos para assegurar a convivência familiar a crianças e adolescentes; 7- Estabelecer, ao longo do trabalho, um cenário de possíveis mudanças no panorama de perplexidades atualmente verificadas em ambos os países.

Mas, afinal, em termos práticos, o que significa exatamente afirmar que a convivência familiar é um direito fundamental? O que tencionamos demonstrar é que esta não é apenas uma questão retórica tendente a conferir um adorno a este direito, mas sim uma afirmação que nos levará a uma infinidade de ilações que, contudo, não costumam ser colocadas em prática no dia a dia pelos operadores do Direito. Ora, afirmar que a convivência familiar é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro não revela novidade, eis que há previsão expressa neste sentido na Carta Magna. Do mesmo modo, após uma análise sistemática do ordenamento jurídico português, não seria necessário muito esforço para chegarmos a esta mesma conclusão. Portanto, qual é a relevância de um estudo mais aprofundado acerca deste

direito se a conclusão acerca da sua natureza fundamental pode ser extraída da estrutura normativa já existente em ambos os países?

A jusfundamentalidade da convivência familiar não é uma assertiva vazia. Ao revés. Em primeiro lugar e, em linhas meramente introdutórias, a natureza jusfundamental faz com que tal direito tenha uma posição privilegiada quando comparado a outros direitos que não gozam desta mesma natureza, o que, em última análise, atribui um peso maior a este direito em caso de conflito com os demais. E não é só. Mesmo nos casos de colidência com outros direitos também fundamentais, a convivência familiar ainda continua a assumir uma posição de destaque, quando associada ao princípio do superior interesse da criança, como teremos a oportunidade de ver ao longo deste trabalho. Em segundo lugar, tal natureza faz com que a convivência familiar esteja protegida pelos limites materiais de revisão. Por fim, a fundamentalidade do direito à convivência familiar também confere aplicabilidade direta e imediata às as normas que sobre ele versam.

Para além de trazer argumentos jurídicos para corroborar a jusfundamentalidade da convivência familiar, em ambos os ordenamentos jurídicos objeto deste trabalho, pretendemos também demonstrar que as potencialidades geradas pelo caráter jusfundamental deste direito são subaproveitadas, na prática. Grande parte das problemáticas com as quais nos deparamos atualmente está relacionada à ausência de um verdadeiro posicionamento da convivência familiar como direito fundamental. Apesar de vivermos na “era dos direitos declarados e garantidos”<sup>2</sup>, na realidade, ainda convivemos com diversas hesitações que poderiam não existir ou ao menos poderiam ser amenizadas se a jusfundamentalidade do direito em análise fosse relembrada diuturnamente por todos os operadores do Direito. E não são poucas as perplexidades constatadas. Afinal, por qual motivo ainda nos deparamos com filhos oriundos de casamentos ou uniões de fato desfeitas que são alijados do convívio com um dos genitores ou com integrantes da família alargada sem motivos plausíveis para tanto? Por que o Estado reluta em cumprir com seus deveres constitucionalmente previstos no sentido de apoiar as famílias em dificuldades para que o convívio familiar possa ser exercido em sua plenitude? Por que milhares de crianças e adolescentes aguardam indefinidamente em instituições de

---

<sup>2</sup> A expressão é de Carlos Mário da Silva Velloso, quando recorre a uma paráfrase do filósofo Norberto Bobbio para enfatizar que cabe aos operadores do direito tornar cada vez mais eficazes os direitos da pessoa humana. Neste sentido, cf. Carlos Mário da Silva Velloso, “Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa”, in Jorge Miranda/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, pp. 351-359.

acolhimento, quando não há mais chances de reintegração na família de origem? Por que tais crianças ainda são acolhidas em instituições quando há famílias de acolhimento disponíveis? Por qual motivo não há um incentivo estatal maior para que as famílias de acolhimento venham substituir o árido espaço das instituições de acolhimento? Por qual razão não há uma norma que exija o exaurimento da via relativa ao acolhimento familiar como requisito para admitir o acolhimento institucional de crianças e adolescentes? Por que ainda não há uma legislação uniforme relativa ao acolhimento familiar no Brasil? Portanto, será com base em tais premissas e na análise de todas as suas consequências que trabalharemos a partir de agora.

A análise de todas estas questões não se revela despendiosa, a partir do momento em que, nos dias atuais, um dos maiores desafios de juízes e tribunais, tanto em Portugal, como no Brasil, diz respeito à definição e esquematização da convivência familiar nos casos de dissoluções de casamentos ou uniões estáveis e à necessidade de definir, em tempo útil, a situação jurídica das crianças inseridas em medidas de acolhimento institucional ou familiar, já que o decorrer do tempo pode ser determinante para as suas vidas. Para demonstrar a relevância do tema, registamos que, em maio de 2019, no Brasil, havia 47.587<sup>3</sup> crianças e adolescentes em medidas de acolhimento institucional ou familiar, sendo que apenas 5.031<sup>4</sup> tinham a situação jurídica definida, ou seja, estavam aptos à colocação em família substituta, pelo que se infere que o número de acolhidos é expressivo, ainda que diga respeito a um país de vastas dimensões, como o Brasil<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Os dados estatísticos ora apresentados baseiam-se nos números constantes do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA-Brasil), disponibilizado pelo sistema informatizado do CNJ. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/cnca/relatorio/relatorio.phpfile:///C:/Users/User/Downloads/Acolhido%20\(11\).pdf](https://www.cnj.jus.br/cnca/relatorio/relatorio.phpfile:///C:/Users/User/Downloads/Acolhido%20(11).pdf)>.

Acesso em 09 de maio de 2019. Entendemos oportuno esclarecer que, a despeito de esta ser a fonte oficial da quantidade total de crianças e adolescentes acolhidos no país, assim como do número de habilitados à adoção, o acesso ao cadastro mencionado apenas pode ser efetivado por senha fornecida pelos seus operadores. Os dados englobam tanto as crianças/adolescentes acolhidos em instituições, como também crianças/adolescentes em medida de acolhimento familiar. Para ambos os casos, há necessidade da emissão de uma guia de acolhimento gerada pelo sistema informatizado do CNJ, responsável pela gestão e controle de todos estes dados.

<sup>4</sup>Dados extraídos do Cadastro Nacional de Adoção brasileiro (CNA), disponibilizado pelo CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/relatorios/relatorioEstatisticoGeral.jsf>>. Acesso em 09 de maio de 2019.

<sup>5</sup> De acordo com os dados do IBGE, a estimativa da população brasileira para o ano de 2017 era de 207.660.929 pessoas (com data de referência em 01/07/2017). A seu turno, o INE (Instituto Nacional de Estatística de Portugal) atesta que a estimativa da população residente em Portugal, em 2017, era de 10.291.027 pessoas. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2017/estimativa\\_TCU\\_2017\\_20180824.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_TCU_2017_20180824.pdf)> e em: <[https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0008273&elTab=tab0](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0008273&elTab=tab0)>, respectivamente. Acesso em 10 out. 2018.



No outro pólo, havia 42.480<sup>6</sup> pretendentes habilitados à adoção, pelo que deduzimos que a falta de uma decisão em tempo adequado acerca da situação jurídica da criança ou do adolescente acolhido geralmente acarreta um prolongamento do tempo que passam nas instituições ou famílias de acolhimento, diminuindo severamente as perspectivas de uma colocação em família substituta. Em Portugal, o número de crianças acolhidas também impressiona, eis que, de acordo com o relatório CASA, no ano de 2018, 7.032<sup>7</sup> crianças estavam em medida de acolhimento no país. A partir destes dados, é inevitável reconhecer que a jusfundamentalidade da convivência familiar titularizada por crianças e adolescentes parece estar a ser subestimada, já que a demanda de crianças e jovens que clamam por uma decisão só faz aumentar.

Com este trabalho, acreditamos poder contribuir para a comunidade científica no sentido de mudar o paradigma relativo à convivência familiar, conferindo-lhe uma diferente perspectiva, mais próxima aos direitos fundamentais e, por consequência, ao Direito Constitucional, e não apenas ao Direito de Família. Pode parecer um ponto de partida simples, mas veremos que, não raro, será justamente a reafirmação da natureza jusfundamental deste direito e o reforço dos diversos instrumentos destinados a garanti-lo, que nos permitirão solucionar diversas problemáticas que normalmente gravitam ao redor do tema.

---

<sup>6</sup> Dados recolhidos do CNA: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/relatorios/relatorioEstatisticoGeral.jsf>>. Acesso em 09 mai. 2019. Registramos que o CNA, nos seus moldes originais, fora modificado no ano de 2015, com o objetivo de conferir maior transparência e celeridade a esta ferramenta digital disponibilizada aos juízes das Varas da Infância e da Juventude do país, na condução dos processos de adoção, mediante a introdução de um software cuja pretensão era uma maior eficácia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692-adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. Acesso em 09 mai. 2019. Assim sendo, em 09/06/2015, o antigo sistema do CNA foi desativado para novos cadastros e alterações de registros, tendo sido substituído pelo C.N.A 2.0. Posteriormente, no ano de 2019, o CNA foi substituído pelo SNA (Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento). O SNA foi regulamentado pela Resolução CNJ n.º 289/2019 e resultou de uma fusão do CNA (Cadastro Nacional de Adoção) e do CNCA (Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas), com a pretensão de conferir maior celeridade aos processos de adoção e melhor controle dos prazos dos processos por parte de juízes e das respectivas Corregedorias, na medida em que o novo sistema conta com um mecanismo de alerta de prazos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/>> e também em <<https://www.cnj.jus.br/sna/principal.jsp>>. Ambos acessados em 23 set. 2020.

<sup>7</sup> Dados extraídos do Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento das Crianças e Jovens (Relatório CASA). Apenas para fins de comparação, registramos que fora observada uma pequena e gradual diminuição percentual no número de acolhidos no país nos últimos anos, eis que, no ano de 2016, havia 8.175 crianças e jovens acolhidos, ao passo que, em 2017, havia 7.553 acolhidos, em confronto com o número atual de 7.032 acolhidos. Informamos que os dados mais atualizados relativos ao acolhimento de crianças e jovens são os relativos ao ano de 2018, posto que, até a presente data, ainda não fora disponibilizado o Relatório CASA relativo ao ano de 2019. Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/16000247/Relatorio\\_CASA\\_2017/537a3a78-6992-4f9d-b7a7-5b71eb6c41d9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/16000247/Relatorio_CASA_2017/537a3a78-6992-4f9d-b7a7-5b71eb6c41d9)> e também disponível em <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/16662972/Relat%C3%B3rio\\_CASA2018/f2bd8e0a-7e57-4664-ad1e-f1ceb6c6498e](http://www.seg-social.pt/documents/10152/16662972/Relat%C3%B3rio_CASA2018/f2bd8e0a-7e57-4664-ad1e-f1ceb6c6498e)>. Ambos acessados em 08 out. 2020.

Desejamos que esta pesquisa seja um modesto contributo para despertar os operadores do Direito para a temática proposta, de forma consciente e humana, bem como para garantir a convivência familiar à população infantojuvenil. Até que o direito ora abordado atinja o seu ápice em termos de efetividade, não resta dúvida de que teremos uma sociedade mais humanizada a partir do momento em que começarmos a conferir visibilidade à problemática relativa a todas as crianças e adolescentes privados de um direito fundamental de extrema importância, privação esta que dificulta sobremaneira o livre desenvolvimento de suas personalidades.

No que se refere à metodologia adotada e com o desiderato de delimitar positivamente o objeto deste trabalho, pontuamos que o presente abordará a convivência familiar como direito fundamental e sob o prisma não só de crianças e adolescentes vulneráveis, assim considerados para este fim basicamente aqueles que estão inseridos em medidas protetivas de acolhimento institucional ou familiar, em caráter provisório e excepcional, por razões relativas a abandono, abuso ou negligência dos genitores, mas também aqueles que se encontram privados parcialmente deste convívio por força de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável de seus genitores ou ainda por qualquer motivo relacionado à ausência de coabitação dos pais. Assim, não será somente a convivência familiar relacionada a crianças e/ou adolescentes totalmente privados de qualquer convívio familiar que nos interessará para fins desta pesquisa, já que também analisaremos as questões afetas à convivência familiar imbricadas com eventual disputa de guarda entre genitores nos casos de dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável, bem assim as questões relacionadas à convivência de crianças com componentes da família extensa ou alargada. A despeito do enquadramento histórico-comparativo de caráter geral, para fins de contextualização, na fase inicial do trabalho, registramos que a nossa abordagem é circunscrita à análise conjunta dos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil.

Desde já, pontuamos que não utilizaremos exclusivamente o conceito de criança adotado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, qual seja, aquele que considera como criança “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”<sup>8</sup>, que, por sua vez, vem praticamente a ser o

---

<sup>8</sup> V. Artigo 1º da CDC, com a redação dada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro.

mesmo conceito adotado pela Lei n.º 147/99 (LPCJP)<sup>9</sup>. Por razões didáticas, devido à existência de algumas diferenças de tratamento jurídico<sup>10</sup> para cada um dos grupos mencionados, optaremos por fazer menção às expressões “crianças” e “adolescentes”, separadamente, nos moldes adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro<sup>11</sup>. Entrementes, para fins de simplificação e de terminologia, quando fizermos menção ao princípio do superior interesse da criança ou do melhor interesse da criança, devemos subentender que os adolescentes também estão englobados nesta expressão.

No dealbar do trabalho, analisaremos alguns acórdãos que guardam relação com o tema para perceber como os tribunais dos dois países tratam da questão. Por questões de metodologia e para facilitar a compreensão dos acórdãos que serão mencionados, até mesmo em razão da sua extensão, esclarecemos que faremos um breve relato das situações fáticas tratadas e da conclusão dos julgados, com foco apenas nos aspectos que guardam pertinência com a temática abordada, pelo que não transcreveremos todas as ementas, tampouco traremos à colação trechos dos arestos.

---

<sup>9</sup> Artigo 5º, “a”, da Lei n.º 147/99 (LPCJP): “Para efeitos da presente lei, considera-se: a) Criança ou jovem - a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos, e ainda a pessoa até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional”.

<sup>10</sup> Para corroborar o afirmado, citamos como exemplo o fato de que a legislação brasileira comporta uma relevante diferença de tratamento jurídico entre crianças e adolescentes quando trata da prática de atos infracionais, já que, aos adolescentes que cometem atos infracionais pode ser aplicada uma medida socioeducativa, ao passo que às crianças deverá (ão) ser aplicada (s) somente medida (s) protetiva (s). V. artigos 103 a 105 e 112 do ECA. Outra diferença marcante de tratamento jurídico dispensado aos dois grupos diz respeito ao disposto no § 2º do artigo 45 do ECA, que considera obrigatório o consentimento do adotando maior de doze anos de idade no que tange ao pedido de adoção.

<sup>11</sup> A Lei n.º 8.069/90, de 13 de julho de 1990 (ECA) prega, em seu artigo 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

## 1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO COMPARATIVO DA EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NO CONTEXTO INTERNACIONAL E LUSO-BRASILEIRO

### 1.1 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude no contexto internacional (da Antiguidade até os dias atuais)

Antes de iniciarmos o nosso percurso, gostaríamos de esclarecer que, quando estivermos a falar de crianças e adolescentes, não estaremos a fazê-lo apenas com base em uma ótica afetiva, mas sim sob a premissa de que estamos a tratar de seres únicos e insubstituíveis que se encontram na fase mais complexa e rica da sua formação<sup>12</sup>. Para além disto, o nosso objetivo, neste capítulo, não é aprofundar a análise dos direitos da criança, em cada uma das principais fases da História, mas tão somente frisar os traços básicos de cada uma destas épocas, de forma a compreendermos como chegamos ao regime jurídico atual. Entretanto, como temos o propósito de registrar a importância que os direitos da criança assumiram no direito contemporâneo, notadamente no contexto luso-brasileiro, mormente porque a convivência familiar será analisada sob o prisma infantojuvenil, para fins de introdução ao tema que pretendemos apresentar neste trabalho, entendemos adequada a menção ao caminho percorrido até a consagração internacional destes direitos, ainda que limitações temporais nos obriguem a fazê-lo sucintamente. O enquadramento histórico também será útil, na medida em que nos auxiliará a estabelecer uma relação entre alguns institutos vigentes em outras épocas e outros correlatos que ainda estão em vigor, em matéria infantojuvenil. Por fim, lembramos que é através do conhecimento do curso da História, por meio de seus acontecimentos mais marcantes, que passamos a adquirir a capacidade crítica que nos fornece ferramentas aptas a concretizar alguns direitos, como é o caso daquele sobre o qual estamos a nos debruçar, alterando conscientemente<sup>13</sup> o que não mais funciona na realidade atual.

---

<sup>12</sup> Neste sentido, ao conferir relevo à fase da infância, como sendo aquela mais complexa, mais séria e mais rica da construção humana, Francisco Maia Neto acrescenta que as crianças são “esponjas absorventes do melhor ou do pior, para a sua futura capacitação humanitária”. Cf. Francisco Maia Neto, “Regime de execução das medidas de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 309.

<sup>13</sup> Sobre o contributo da História do Direito da Família para a tarefa do legislador atual, Míriam Afonso Brigas pontua que o legislador atual, na sua atividade legiferante, “não deve ignorar os antecedentes formativos das instituições familiares, criando, assim, regimes jurídicos equilibrados e coerentes com a génese das instituições. Esta harmonia não impede, naturalmente, que se possa alterar a orientação adoptada acerca de determinada matéria, mas implica a decisão consciente desta alteração e dos efeitos decorrentes em matéria de regimes jurídicos”. Cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **O Direito da Família na História do Direito**

Inicialmente, não podemos perder de vista que, para que os direitos infantojuvenis atingissem o patamar que hoje conhecemos, houve a necessidade de uma profunda e paulatina mudança na maneira como a criança foi vista, ao longo dos tempos<sup>14</sup>. Os episódios de violações aos direitos das crianças e dos jovens sempre existiram. Ainda que em diferentes proporções, invariavelmente, houve relatos de crianças que tiveram a sua infância vilipendiada, vítimas de abusos cometidos por quem delas deveria cuidar ou por terceiros. O que mudou durante o curso da História foi a maneira como a sociedade passou a perceber a criança, assim como os mecanismos para a sua proteção.

Antes do advento da primeira Declaração dos Direitos da Criança, firmada em 1924, não era corrente o termo “direitos da criança”. Podemos ser ainda mais enfáticos se afirmarmos que, durante muitos séculos, “o conceito de criança era inexistente”<sup>15</sup>. Doravante, para chegarmos a uma conclusão acerca do motivo desta lacuna, que hoje nos parece inconcebível, não é preciso muito esforço, já que tal expressão não era comum justamente porque não se lançava sobre as crianças (e nem sobre os adolescentes) um olhar específico no sentido de encará-las como pessoas dotadas de anseios e necessidades próprias em razão de uma vulnerabilidade oriunda de uma fase em que estas pessoas ainda estavam em desenvolvimento. Isto ocorreu durante muito tempo porque as crianças simplesmente não eram vistas como pessoas dotadas de tais peculiaridades, mas sim como meras “miniaturas dos adultos”<sup>16</sup>. O senso comum atual nos aponta, sem assombro, que uma criança nada mais é que um ser humano na fase inicial de seu desenvolvimento. Todavia, esta tônica nem sempre foi tão clara. O parâmetro de análise da criança era, portanto, o adulto, já que ela não era vista sob uma perspectiva própria, mas sim sob o prisma do que poderia vir a se tornar em sua fase adulta, em especial, do contributo que poderia fornecer à sua família, em termos de nome, honra, patrimônio ou de força de trabalho.

---

**Português (dos antecedentes ao século XVIII). Primeiras Reflexões**, vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 31.

<sup>14</sup> Sobre a necessidade de transposição de um vasto percurso para o reconhecimento e posituação do direito das crianças, cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 29. Nesta obra, autora desenvolve um robusto panorama acerca do percurso do direito da criança, tendo como ponto de partida a Antiguidade Greco-Latina até a atualidade.

<sup>15</sup> Assim afirma Catalina Pestana. Cf. Catalina Pestana, “Crianças Institucionalizadas. Parentes Pobres da Investigação”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 259.

<sup>16</sup> A expressão “miniaturas dos adultos” ou “crianças-brinquedo” foi cunhada por Philippe Ariès, historiador que dedicou parte de suas obras ao estudo da época medieval. Cf. Philippe Ariès, **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d'Água Editores Lda, 1988, p. 10

Da mesma maneira que não eram vistas como pessoas dotadas de peculiaridades, durante muito tempo, as crianças também não foram consideradas objeto de proteção e tampouco sujeitos de direitos, mas sim mera propriedade dos pais<sup>17</sup>. Para retratarmos esta ausência de proteção e de percepção da criança como sujeito de direitos, iniciaremos o nosso percurso remontando a Antiguidade Clássica<sup>18</sup>, situando-nos mais especificamente no período do Império Romano, em que as crianças estavam sujeitas ao poder praticamente ilimitado do *pater familias*<sup>19</sup>, a quem cabia decidir, dentre outros aspectos, sobre a própria vida ou sobre a morte dos filhos<sup>20</sup>. Para além da inexistência de qualquer estatuto de proteção<sup>21</sup> às crianças ou aos jovens, a Lei das XII Tábuas<sup>22</sup> legitimava o poder absoluto do *pater familias*, a quem

<sup>17</sup> Sobre a concepção da criança como propriedade dos pais, cf. Guy Raymond, **Droit de l'enfance et de l'adolescence**, 4e édition, Paris: Éd. LITEC, 2003, p. 5: "A História nos revela que, em todas as civilizações, a criança ocupa um lugar separado. Nas sociedades antigas, a criança é um objeto de propriedade, ela pertence ao seu pai, que pode dispor dela como de outros produtos de sua atividade (...)" (Tradução nossa).

<sup>18</sup> Para fins de contextualização, embora não haja um consenso entre os historiadores acerca do marco inicial da Antiguidade, grande parte dos historiadores considera tal marco como sendo o século VIII a.C. Neste mesmo diapasão, registramos que se costuma apontar como marco final da Antiguidade Clássica e marco inicial da Idade Média a queda do Império Romano, no século V d.C. Neste sentido, cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 41. Como a evolução histórica do estatuto jurídico das crianças não constitui o tema principal deste trabalho, dentre outros exemplos possíveis, escolhemos apenas a época que remonta o Império Romano para retratar a criança na Antiguidade pelo fato de o eixo condutor desta época residir em uma de suas civilizações mais significativas, qual seja, a Roma Antiga. Ademais, entendermos que esta seria a melhor opção para descrever tal época com maior fidedignidade, diante da riqueza de registros bibliográficos neste sentido. Todavia, João Luís Gonçalves realiza também uma breve exposição da infância no antigo Egito (Antiguidade Oriental) e na Grécia. Para aprofundamento do tema, cf. *ibidem*, pp. 15-38.

<sup>19</sup> Sobre o poder absoluto do *pater familias*, José António Segurado e Campos reflete: "As leis das XII Tábuas, ainda que escritas em meados do século V, reflectem tradições muito antigas claramente evidentes nas concepções jurídicas e morais que reflectem, ainda bastante primitivas e rudes: o poder absoluto do *pater* sobre a vida dos filhos e da mulher, e o seu controlo total da propriedade; (...)" V. José António Segurado e Campos, "No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o Direito Grego", in Delfim F. Leão/ Livio Rossetti/ Maria do Céu G. Z. Fialho (coord.), **Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, p. 341.

<sup>20</sup> Cf. Jorge Augusto Pais de Amaral, "A criança e os seus direitos", in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/Paulo Guerra (org.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 164.

<sup>21</sup> Não havia qualquer norma de proteção direcionada especificamente às crianças. Somente com muito esforço é que poderíamos associar a nomeação de tutores a uma parca norma de proteção à população infantojuvenil da época. Sobre a previsão acerca da nomeação de tutor, José António Segurado e Campos leciona: "*Em Roma, o pater familias*, perante a iminência do próprio falecimento, podia encarregar por testamento alguém de sua confiança de velar como *tutor* pelos bens, e pela pessoa, dos herdeiros durante a menoridade; esta disposição já vem do tempo das XII Tábuas (...)" Cf. José António Segurado e Campos, "No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o Direito Grego", in Delfim F. Leão/ Livio Rossetti/ Maria do Céu G. Z. Fialho (coord.), **Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clássica**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, p. 314.

<sup>22</sup> O propósito de citarmos as XII Tábuas como exemplo de normatização relativa à Antiguidade tem a ver com o fato de que, apesar de distantes do que hoje entendemos por um código, são, na verdade, os textos que mais se aproximam da ideia de código que a Antiguidade Clássica nos deixou. A importância das XII Tábuas é corroborada por José António Segurado e Campos, quando atesta: "Se aceitarmos como incontestável que o Direito Romano está na base de quase todos os direitos da civilização ocidental (com a excepção fundamental do direito anglo-saxónico), então seremos levados a dizer que as Leis das XII Tábuas são a fonte donde emana todo o direito europeu, tanto público, como, em especial, privado, o que dá bem a medida da relevância histórica que lhe apontámos". Cf. José António Segurado e Campos, "No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o Direito Grego", in Delfim F. Leão/ Livio Rossetti/ Maria do Céu G. Z. Fialho

incumbia exercer a *patria potestas* e, para tanto, possuía, dentre outros, o *jus vitae et necis*<sup>23</sup>, vale dizer, o direito de vida e de morte sobre os filhos, bem como a faculdade de expor os filhos recém-nascidos, principalmente nos casos de existência de algum tipo de deficiência, além da faculdade de alugar, vender os filhos<sup>24</sup>, assim como colocar a força de trabalho destes à disposição de credores<sup>25</sup>. Portanto, ao mesmo tempo em que se incutia na criança a ideia de temor e reverência ao *pater familias*, a sociedade romana não enxergava os pequeninos como titulares de direitos, já que estes direitos eram reservados apenas ao titular do poder parental. A relação entre pais e filhos, portanto, não era baseada no afeto, mas sim na hierarquia, em que o *pater familias* ocupava uma posição de superioridade. As crianças deviam obediência ao *pater familias* não só pelo fato de que era a ele que incumbia o fornecimento do alimento e da educação, mas sobretudo, pelo fato de lhes ter concedido a dádiva da vida<sup>26</sup>. As crianças eram vistas como seres imperfeitos, inacabados e fracos, pelo que não despertavam maior interesse na população adulta. Assim, na prática, as crianças encontravam-se desprotegidas, já que a sua sorte ficava ao alvedrio da vontade daquele que exercia o seu poder parental. Curiosamente, se pudéssemos falar em algum tipo de proteção naquela época histórica, esta seria direcionada às crianças órfãs e abandonadas e não propriamente às crianças que estavam sob um poder parental<sup>27</sup>. Como o poder público não se imiscuia no âmago das famílias e tampouco na relação

---

(coord.), **Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clásica**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, p. 298. Incumbe-nos registrar ainda que a Lei das XII Tábuas foi recomposta, ao longo do tempo, por meio de diversos fragmentos, o que viabilizou o conhecimento de algumas de suas previsões. Através desta recomposição podemos notar que as XII Tábuas diferenciavam a criança do adulto somente com o fim de aplicação de penas.

<sup>23</sup> O *jus vitae et necis* era expressamente previsto na Lei das XII Tábuas (Tábua quarta, n.º 2). A Tábua quarta, em seu n.º 1, também pregava que: “É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”. V. Silvio A. B. Meira, **A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e privado**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1961, p. 170.

<sup>24</sup> O n.º 2 da Tábua quarta (Lei das XII Tábuas) previa que: “O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los”. Sobre o poder de vida e de morte do *pater familias* sobre os filhos, cf. Jorge Augusto Pais de Amaral, “A criança e os seus direitos”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/Paulo Guerra (org.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 164. Cf. também Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 27.

<sup>25</sup> Cf. José António Segurado e Campos, “No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o Direito Grego”, in Delfim F. Leão/ Livio Rossetti/ Maria do Céu G. Z. Fialho (coord.), **Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clásica**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, p. 308.

<sup>26</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 26.

<sup>27</sup> Com relação aos ínfimos instrumentos de proteção às crianças órfãs e abandonadas, Cláudia Sofia Antunes Martins leciona que estes resumiam-se a angariar donativos para a sua subsistência e ao arranjo de guardiões, dentre pessoas amigas ou vizinhos, que estivessem dispostos a criá-las. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, tomo LXVI, Braga, n.º 343, 2017, p. 113. Pontuamos que, atualmente, no contexto luso-brasileiro, houve uma profunda modificação neste cenário, posto que há inúmeras normas que posicionam as crianças e adolescentes como titulares de diversos direitos

entre pais e filhos, em geral, não havia punição para o abandono, para os sacrifícios, para as mutilações e para os maus-tratos, mormente quando praticados pelo *pater familias*<sup>28</sup>, ainda que o poder deste tenha sido limitado ao longo do tempo. De todo modo, naquela altura, a mitigação de algumas destas práticas que podem ser hoje associadas a maus tratos não ocorreu por força de um anseio de proteção às crianças, tampouco pelo seu reconhecimento como sujeito de direitos, mas sim em razão de uma associação da função do *pater familias* à ideia de piedade<sup>29</sup>. É bem verdade que, nas XII Tábuas havia previsão de normas diferenciadas em razão da idade<sup>30</sup>, entretanto, tal diferença não se devia a uma finalidade de proteção, mas sim de

---

fundamentais, de forma indistinta, vale dizer, estes direitos são titularizados tanto por aquelas crianças que se encontram sob o poder familiar ou sob as responsabilidades parentais, como aquelas privadas de qualquer convivência familiar.

<sup>28</sup> Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, *in Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, Braga, n° 343, 2017, p. 115.

<sup>29</sup> Ao longo do tempo, a natureza absoluta do poder do *pater familias* foi sendo atenuada por parte dos governantes da época, introduzindo a concepção de que este poder deveria estar associado à ideia de piedade. Cláudia Sofia Antunes Martins nos lembra que, à época do Imperador Justiniano, restringiu-se o direito de venda dos filhos aos casos de extrema pobreza. “Com o Imperador Trajano, passou a ser obrigatória a concessão da emancipação ao filho que se provasse que era maltratado pelo seu pai; com Adriano, passou a punir-se com a pena de deportação o *pater familias* que matasse ou castigasse o filho com especial crueldade, porque o poder parental deveria ser exercido de forma piedosa; e por fim, com Constantino, foi instituída a Lei do Parricídio, que passou a punir todas as situações em que o *pater familias* matasse um filho seu”. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, *in Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, Braga, n° 343, 2017, p. 113, nota de rodapé n° 7. Sobre a proibição do infanticídio pelo Imperador romano Flávio Constantino (272-337), v. também João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, pp. 34-35. Sobre esta limitação ao poder até então absoluto do *pater familias*, o autor leciona: “No ano de 449, já com o Imperador Valentiniano III, porém, houve um retrocesso com a Lei das XII Tábuas, uma vez que esta lei veio permitir a morte de crianças em certas circunstâncias, nomeadamente, em caso de deficiência e mediante julgamento de cinco vizinhos”.

<sup>30</sup> A lei das XII Tábuas previa penas diferenciadas em razão da idade do autor do delito. Sobre as idades, S. Trincão e F. Sampaio lecionam: “Os romanos denominavam as fases da idade do seguinte modo: Em relação aos varões: Infância até os sete anos; Próximo à infância até aos dez e meio; Próximo à puberdade até aos quatorze; Púbere, tendo completado quatorze; Plenamente púberes, tendo completado dezoito; *Maiorenes*, tendo feito vinte e cinco; Em relação às fêmeas: Infância até aos sete anos; Próximas à infância até aos nove e meio; Próximas à puberdade aos doze; Plenamente púberes, aos quatorze; *Maiorenes* aos vinte e cinco. Todos os indivíduos do sexo masculino ou feminino que não tinham completado vinte e cinco anos de idade diziam-se *minorenes*”. Neste sentido, cf. S. Trincão/ F. Sampaio, **Lei das XII Tábuas. Tradução e Comentário**, Coimbra: Livraria Eloy, 1912, pp. 56-57. Muito embora este trabalho não seja focado na vertente infracional da infância e da juventude, é interessante observar como esta diferenciação etária (cujo embrião foi gerado na Antiguidade), para fins de aplicação de penas, à época, influenciou sobremaneira as legislações atuais de diversos países em matéria infracional, na seara infantojuvenil. A toda evidência, o enfoque atual é diferente, pois não há que se falar em penas propriamente ditas, tampouco em medidas destinadas a punir os adolescentes autores de ilícitos penais, mas sim em medidas tutelares educativas (Portugal) ou em medidas socioeducativas (Brasil) que tenham o condão de ressocializá-los e de inseri-los na vida em comunidade. Em Portugal, o artigo 1º da LTE dispõe que: “A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei”. No Brasil, a CRFB, em seu artigo 228, prega que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos de idade, que, por sua vez, estão sujeitos às normas da legislação especial. A norma especial aludida é o ECA. Neste sentido, o artigo 104 do ECA estabelece que os penalmente inimputáveis estão sujeitos às medidas previstas na mesma lei, enquanto o artigo 105 dispõe que, ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas protetivas previstas no art. 101 do mesmo diploma legal. Por fim, o artigo 2º do ECA estabelece: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Destarte, podemos



estabelecimento diferenciado de penas<sup>31</sup>. Em um cenário de inexistência das normas mais básicas de proteção infantil, a toda evidência, não havia qualquer previsão atinente à convivência familiar como forma de assegurar o livre e saudável desenvolvimento desta parcela da população.

A Idade Média<sup>32</sup>, a seu turno, não trouxe uma alteração substancial em termos de proteção infantojuvenil, tampouco de reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos. As taxas de mortalidade infantil continuavam a atingir níveis alarmantes e as crianças que porventura sobreviviam eram vistas como meras “miniaturas dos adultos” ou “crianças-brinquedo<sup>33</sup>”, figurando como distrações para os adultos, sem qualquer tipo de tratamento adequado à sua idade ou de consciência de suas peculiaridades etárias<sup>34</sup>, físicas ou

---

constatar que, desde a Antiguidade, ainda que por motivos diversos e alheios a uma efetiva proteção infantojuvenil, há uma percepção da impossibilidade de tratamento igual para crianças, adolescentes e adultos, ao menos em matéria infracional.

<sup>31</sup> Daniela Richter, Gustavo Oliveira Vieira e Rosane Mariano da Rocha Barcelos Terra apontam que o primeiro registro histórico do “direito da criança” do qual se tem notícia remonta à Roma, através da distinção entre infantes, púberes e impúberes, nos termos estabelecidos na Lei das XII Tábuas, datada de aproximadamente 450 a.C. Contudo, observamos que esta distinção não possuía um propósito de verdadeira proteção, mas sim o fim de estabelecer penas diferenciadas de acordo com a idade. Para aprofundamento do tema, cf. Daniela Richter/ Gustavo Oliveira Vieira/ Rosane Mariano da Rocha Barcelos Terra, “A Proteção Internacional da Infância e Juventude: Perspectivas, Contextos e Desafios”, in João Hélio Ferreira Pes (org.), **Direitos Humanos. Crianças e Adolescentes**, Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 45. Neste diapasão, podemos citar a Tábua 2ª, que trazia normas referentes aos julgamentos e aos furtos, e, em seu n.º 5, sobre o infrator determinava que: “Se ainda não atingiu a puberdade, que seja fustigado com varas a critério do pretor, e que indenize o dano”. Desta maneira, havia diferença no estabelecimento da pena para o furto, a depender da faixa etária do autor. Se este já tivesse alcançado a puberdade e fosse flagrado, o n.º 4 da mesma Tábua previa que seria fustigado e entregue como escravo à vítima, se o furto ocorresse durante o dia. Contudo, se o autor fosse maior de idade e escravo, além de ser fustigado, seria precipitado do alto da rocha Tarpéia. Neste sentido, cf. Sílvio A. B. Meira, **A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e privado**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1961, pp. 168-176.

<sup>32</sup> Segundo as lições de João Luís Gonçalves, a Idade Média “é um período da Europa que se convencionou situar entre os séculos V e XV. Inicia-se com a Queda do Império Romano do Ocidente no ano de 476 e termina com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, que ocorreu a 29 de maio de 1453”. O autor nos lembra que, embora haja uma certa praxe entre os historiadores no sentido de designar a Idade Média como a “Idade das Trevas” em razão de um período de acentuado obscurantismo quando comparado ao período florescente do Império Romano, outros diversos autores discordam desta classificação, ao argumento de que este período também foi marcado pela influência de grandes pensadores, como S. Agostinho, S. Tomás de Aquino, Dante Alighieri, dentre outros. Cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 41. Esclarecemos que, para a compreensão da criança na Idade Média, a partir de agora, abraçaremos também as preciosas lições de Philippe Ariès, historiador medievalista. Nesta esteira, Guy Raymond registra a importância de Philippe Ariès para a análise e compreensão da criança no contexto da Idade Média, quando afirma que a ele “devemos o mérito de ter iniciado trabalhos históricos que permitiram ao jurista melhor compreender o lugar da criança na sociedade”. Neste sentido, cf. Guy Raymond, **Droit de l'enfance et de l'adolescence**, 4e édition, Paris: Éd. LITEC, 2003, p. 5. (tradução nossa).

<sup>33</sup> A expressão deve-se a Philippe Ariès. Cf. Philippe Ariès, **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d'Água Editores Lda, 1988. p. 10.

<sup>34</sup> Na Idade Média, não se deixava de reconhecer uma diferenciação etária, mas esta era reservada a fins penais. Como exemplo, podemos citar a previsão constante do conjunto de leis reunidas no *Libro de las Leyes*, também denominado de *siete partidas*, adotado no século XIII. O título XXXI da Partida Sétima tratava das penas e diferenciava o ilícito penal praticado por um inimputável daquele realizado por um imputável. V. Gregorio Lopez

psicológicas. Para constataremos esta percepção da “criança-miniatura” durante a época medieval, basta observarmos que diversas pinturas e esculturas elaboradas neste período retratam as crianças com os mesmos tipos de roupas dos adultos, sendo que os únicos traços distintivos das vestes referiam-se aos tamanhos ou ao *status* social<sup>35</sup>. Para além disso, os casos de infanticídio eram frequentes, ainda que sob o disfarce de acidentes domésticos<sup>36</sup>. Para reafirmar o árido cenário no que tange à percepção da especificidade infantil, a demonstração de afeto dos pais para com os filhos não era comum e tampouco facilmente aceita pela sociedade medieval, o que contribuía ainda mais para distanciar afetivamente pais e filhos<sup>37</sup>. Consequentemente, não havia qualquer sentido na elaboração de normas voltadas a assegurar o convívio familiar entre pais e filhos, tampouco entre as crianças e demais familiares. Como as taxas de mortalidade infantil eram deveras elevadas, era comum que os pais só passassem a interagir com os filhos, ainda que de forma incipiente, a partir de uma determinada idade, em que as crianças saíam do anonimato após a constatação de que as suas chances de óbito já eram mais remotas<sup>38</sup>. Portanto, via de regra, as relações paterno-filiais, na Idade Média, eram marcadas pela indiferença e pela frieza. A única mudança que pode ser considerada relevante

---

Madera, **Las Siete Partidas: del sabio rey D. Alfonso el nono**, Vol. III, Madrid: Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado, 1985, pp. 91-95.

<sup>35</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra: Editora Coimbra, ano 5, nº 10, 2008, p. 27.

<sup>36</sup> Com relação à prática dissimulada do infanticídio, Philippe Ariès pontua: “(...) O infanticídio era um crime severamente punido. Não deixava, todavia, de ser praticado em segredo, talvez com bastante frequência, camuflado sob a aparência de acidente: as crianças morriam na cama dos pais onde dormiam. Nada se fazia para os manter vivos ou para os salvar. (...) O facto de se ajudar a natureza a fazer desaparecer criaturas tão pouco dotadas de auto-suficiência não era divulgado, mas também não era considerado motivo de vergonha. Fazia parte das coisas moralmente neutras, condenadas pelas éticas da Igreja e do Estado, mas praticadas em segredo, numa semiconsciência, na fronteira entre a intencionalidade, a negligência e o descuido. A vida da criança era então considerada com a mesma ambiguidade que a do feto hoje, com a diferença de que o infanticídio permanecia mergulhado no silêncio e o aborto é reivindicado em voz alta; diferença entre uma civilização do segredo e uma civilização da exibição”. Cf. Philippe Ariès, **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d’Água Editores, 1988, pp. 19-20.

<sup>37</sup> Philippe Ariès elucida que, à época, apesar de a família não ter uma função afetiva, isto não significava uma perene ausência de amor. Ainda assim, o autor nos lembra que a existência de afeto entre pais e filhos era apenas um acréscimo, eis que não era um elemento essencial à estabilidade e tampouco à existência da família. Neste sentido, v. Philippe Ariès, **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d’Água Editores, 1988, p. 11.

<sup>38</sup> Consideramos que não seria tecnicamente correto falarmos em contenção de afeto dos pais para com os filhos nesta época, já que o termo mais adequado seria mesmo indiferença. Sobre o afastamento afetivo entre pais e filhos como um artifício engendrado para evitar sofrimentos reiterados, Catalina Pestana assevera que: “Ser criança, quer na Antiguidade Clássica, quer na Idade Média, não era muito apetecível. A luta pela sobrevivência era permanente, a mortalidade infantil era muito grande, de tal forma que ao enunciar o número de filhos, até finais do século XVIII, os pais só nomeavam os maiores de três anos. Só a partir dessa idade tinham alguma esperança que atingissem a vida adulta. O conceito de vinculação, para além de desconhecido, era humanamente rejeitado pelos adultos, de forma a evitar sofrimento continuado. Sofre-se quando se perde algo que se ama. Se não amar, sofre menos com as perdas, consecutivas ou não”. Neste sentido, v. Catalina Pestana, “Crianças Institucionalizadas, Parentes Pobres da Investigação”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 259.

em termos do que poderíamos timidamente denominar de “proteção infantil” durante este período está relacionada à cristianização de alguns costumes<sup>39</sup>, como foi o caso da condenação do infanticídio pela Igreja Católica. Todavia, tal mudança não se deu em razão de um desejo de fomentar a proteção das crianças, mas sim de reafirmar o poder da Igreja Católica e os seus dogmas. Também não causa espanto a constatação de que, em um período amplamente marcado pela influência da Igreja Católica, os filhos oriundos de relações alheias ao manto sagrado do matrimônio eram duramente discriminados<sup>40</sup>, vivendo ao largo da sociedade. Destarte, à exceção da condenação do infanticídio, não houve uma mudança da percepção da criança desde a Antiguidade até a Idade Média, já que esta continuava a ser vista como um ser limitado, inferior, frágil e desprovido de razão, que não contava com qualquer medida de proteção, tampouco com o seu reconhecimento como sujeito de direitos. Do mesmo modo, o Estado não se envolvia nas relações privadas entre pais e filhos, ignorando uma série de abusos cometidos em detrimento da população infantojuvenil.

De forma similar ao que já ocorria na Antiguidade, as raras providências voltadas à assistência da infância destinavam-se às crianças que não eram sujeitas ao poder parental, a saber, os órfãos e expostos<sup>41</sup>. O abandono de crianças passou a ser organizado institucionalmente, já que, no final da Idade Média, surgiram as primeiras instituições de solidariedade destinadas ao acolhimento de crianças órfãs e abandonadas, como foi o caso das Santas Casas da Misericórdia<sup>42</sup>. Foi nesta época que o sistema das “rodas de expostos” fora

---

<sup>39</sup> Cf. Philippe Ariès, **A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime**, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d'Água Editores, 1988, p. 11.

<sup>40</sup> Neste sentido, cf. Andrea Rodrigues Amin, “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente- Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006, p. 4.

<sup>41</sup> Sobre as medidas de ajuda aos órfãos e expostos, na Idade Média, Maria Ignez Franco Santos leciona: “(...) De fato, a preocupação era com a infância abandonada pobre e a preservação de eventual patrimônio do órfão. A exposição de crianças em locais públicos ou na casa da Roda foi prática comum em épocas mais recuadas, apresentando forte incremento em Portugal durante os séculos XVIII e XIX. (...) Normalmente, além de recém-nascidos, também eram abandonadas crianças com idade igual ou superior a dois anos. (...) A prática do uso da Roda estava espalhada por todo o Reino. Aliás, o termo foi consagrado para designar as casas destinadas a acolher expostos, embora originalmente se referisse a ao mecanismo utilizado para o recolhimento dos expostos, consistente num cilindro giratório em torno de um eixo vertical, parcialmente aberto e incrustado na parede da casa que recebia a criança enjeitada, sem permitir a identificação de quem a depositava. Considerava-se a Roda um piedoso abrigo”. Cf. Maria Ignez Franco Santos, **A Proteção dos Expostos e dos Órfãos. Origem do Direito das Crianças**, Porto Alegre: Editora Evangraf, 2016, pp. 28-30 e p. 104. Sobreleva ressaltar que, em Portugal, o abandono anônimo e sistemático de crianças através das Rodas foi extinto em 1867, por força do Decreto de 21/11/1867. Sobre a extinção das Rodas de Expostos em Portugal, cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 71.

<sup>42</sup> Com relação às Santas Casas da Misericórdia como sendo a gênese de um sistema posterior mais avançado voltado à população infantojuvenil, Maria Ignez Franco Santos pontua: “Em Portugal, sabe-se que as Santas Casas da Misericórdia foram instituições fundamentais como instâncias de garantia do sistema de assistência pública, modeladas pela Irmandade ou Confraria da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, criada em agosto de 1498,

consolidado e difundido por praticamente toda a Europa, com reflexos também em outros continentes, como a América do Sul. Extinto em Portugal e no Brasil no dealbar do século XIX, curiosamente, este sistema parece vir a ganhar força novamente nos dias atuais, como teremos a oportunidade de expor mais adiante.

Foi somente a partir do fim da Idade Média<sup>43</sup> que o paradigma da “criança miniatura” começou a perder força para dar lugar a ideias que invocavam a distinção entre crianças e adultos<sup>44</sup>, apesar da inexistência de leis específicas para a proteção daquelas, tampouco de seu reconhecimento como sujeitos de direitos. Pouco a pouco, Deus e Religião deixaram de ser o centro de todos os setores da vida e cederam espaço para o estudo do homem<sup>45</sup>. Assim, paulatinamente, passou a ser absorvida a ideia de que a criança não era uma simples miniatura de um adulto, mas sim um ser humano em formação e a quem deveria ser conferida atenção especial. A partir do fim do século XV, começou a ser delineado um movimento transformador da mentalidade até então dominante na época medieval. O período de expansionismo que permitiu a intensificação das atividades comerciais e um novo modelo de distribuição de riqueza veio acompanhado de uma ânsia por questionamentos humanos nas mais diversas áreas<sup>46</sup>. Tudo o que até então era inquestionável por força de dogmas religiosos começou a ser objeto de indagação. Esta mudança de mentalidade propiciou um ambiente fértil em termos filosóficos e científicos, o que influenciou também a forma de perceber a infância, a partir do século XVII<sup>47</sup>. Podemos afirmar, portanto, que, a partir desta altura, houve um tímido início da

---

vinculada ao Hospital Real de Todos os Santos, cuja construção foi iniciada por D. João II em 1492, e concluída em 1502, sob o reinado de D. Manoel, o Venturoso. Impulsionadas pelo recolhimento de esmolas e o recebimento de legados, as Santas Casas foram responsáveis pela criação e educação de crianças expostas e órfãs, em auxílio à municipalidade”. Cf. Maria Ignez Franco Santos, **A Proteção dos Expostos e dos Órfãos. Origem do Direito das Crianças**, Porto Alegre: Editora Evangraf, 2016, p. 22.

<sup>43</sup> O fim da Idade Média deu início à denominada Idade Moderna, que é “o período que se convencionou ter tido início com a tomada de Constantinopla pelos turcos-otomanos, a 29 de maio de 1453, e se prolongou até a Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789, seguindo-se a Idade Contemporânea, com os novos ideais desta revolução até aos nossos dias. Naquela época verificou-se uma transformação de mentalidades e novos ideais, principalmente com o movimento renascentista e o pensamento iluminista”. Neste sentido, cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 51.

<sup>44</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, número 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 27.

<sup>45</sup> Com este entendimento, Cf. João Luís Gonçalves **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, pp. 51-52.

<sup>46</sup> Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, tomo LXVI, nº 343, Braga, 2017, p. 119.

<sup>47</sup> Segundo as lições de Cláudia Sofia Antunes Martins, foi neste ambiente intelectual e científico que o conceito de infância passou a ter um novo significado. Para a autora, “nesse sentido, teriam sido decisivos para tal mudança duas ordens de factores: por um lado, a difusão do ensino escolar, a um maior número de crianças, em que a escola substitui o aprender por repetição; por outro lado, a organização da família em torno dos filhos com o surgimento

consciência da especificidade infantil, época em que surgiram pensadores que passaram a privilegiar o uso da razão em detrimento de dogmas religiosos<sup>48</sup>. Contudo, em que pese ter sido um embrião de uma evolução posteriormente contatada, esta consciência da especificidade da infância ainda era superficial e envolvia um aspecto negativo, posto que ainda trazia em seu bojo uma noção de inferioridade da criança quando comparada ao adulto. Para além disto, a criança continuava a não ser reconhecida como titular de direitos.

O período que compreende o fim do século XV ao século XVII não foi marcado por significativas mudanças relativas à consciência da especificidade infantil. Na verdade, o que verificamos neste período da História foi apenas o embrião de uma mudança de mentalidade que veio a ser posteriormente consolidada no século XX. É que, a despeito da ausência de um regime jurídico de proteção ou do reconhecimento da criança como sujeito de direitos, o traço mais característico de grande parte da época Moderna<sup>49</sup>, no que toca à criança, está atrelado ao fato de a fragilidade infantil ter sido transformada em uma “preocupação moral”<sup>50</sup>. As crianças permaneceram com o rótulo da imperfeição e da fragilidade, mas passou a se entender que elas poderiam deixar de ser assim por intermédio de uma formação adequada, razão pela qual os adultos começaram a assumir a função de educá-las<sup>51</sup>. Nesta esteira de pensamento, surgiram

---

da família nuclear, local de troca de afectos entre pais e filhos”. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iyridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, Braga, tomo LXVI, n.º 343, 2017, p. 121.

<sup>48</sup> Como refere Catalina Pestana: “No século XVIII, as luzes iluminaram, embora de forma ainda fosca, esses homens e mulheres pequenos e começou a desenhar para eles um estatuto- o de crianças”. Cf. Catalina Pestana, “Crianças Institucionalizadas: Parentes Pobres da Investigação”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 259-260.

<sup>49</sup> Por Idade Moderna, adotamos as lições de João Luís Gonçalves: “A Idade Moderna é o período que se convencionou ter tido início com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, a 29 de maio de 1453, e se prolongou até a Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789, seguindo-se a Idade Contemporânea, com os novos ideais desta revolução até aos nossos dias. Naquela época verificou-se uma transformação de mentalidades e novos ideais, principalmente com o movimento renascentista e pensamento iluminista”. Cf. João Luís Gonçalves, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 51.

<sup>50</sup> Sobre o início da preocupação com a educação das crianças, Philippe Ariès leciona: “O grande acontecimento foi, portanto, no início dos tempos modernos, o ressurgimento das preocupações educativas. Tais preocupações animaram um certo número de homens de igreja, de homens de lei, de estudiosos, ainda raros no século XV, cada vez mais numerosos e influentes no século XVI e no século XVII (...) Considera-se doravante que a criança não se encontra ainda preparada para a vida, que deve ser submetida a um regime especial, a uma quarentena, antes de lhe ser permitido juntar-se aos adultos. A moral do tempo impõe-lhes que dêem a todos os filhos e, no fim do século XVII, até às filhas (e já não apenas ao mais velho) a preparação necessária para a vida. Entende-se que é a escola que garante esta preparação (...) O desenvolvimento extraordinário da escola no século XVII é uma consequência desta nova preocupação dos pais com a educação dos filhos”. V. Philippe Ariès, *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*, trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Relógio d'Água Editores, 1988, pp. 320-322. Neste mesmo sentido, cf. também Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 27.

padrões de aprendizagem para auxiliarem os filhos a terem “sucesso na vida”<sup>52</sup>. Já no fim do século XVII, é digno de registro o contributo que a filosofia de John Locke trouxe para a infância a partir do momento em que este defendia a limitação da autoridade paterna com base no dever de proteção dos direitos naturais do filho<sup>53</sup>, bem como a importância da educação das crianças.

Neste seguimento histórico, o século XVIII foi um pouco mais adiante no que concerne à mudança da visão que se tinha sobre a criança<sup>54</sup>, eis que marcado pela ruptura definitiva com o medievalismo. Os valores e ideais oriundos da Revolução francesa e da primeira Declaração dos Direitos do Homem<sup>55</sup> fincaram bases para um novo enfoque da infância. Pensadores como Jean Jacques Rousseau<sup>56</sup> tiveram uma participação decisiva para este novo enfoque. A importância de Rousseau para a infância está ligada ao fato de que, pela primeira vez, esta fase da vida foi encarada sob um prisma positivo, em que não mais imperava a ideia de imperfeição, de fragilidade e de inconveniência da criança, mas sim a noção de que a infância era uma etapa fundamental do desenvolvimento do ser humano, designadamente, a fase da vida em que ocorre o processo de humanização<sup>57</sup>. Esta preocupação com a infância, calcada na ideia de que esta era uma etapa fundamental ao desenvolvimento humano, impulsionou a percepção da

---

<sup>52</sup> Cf. Catalina Pestana, “Crianças Institucionalizadas- Parentes Pobres da Investigação”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 260.

<sup>53</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pp. 25-40 e p. 28. Neste sentido, merece destaque a obra *Some Thoughts Concerning Education*, de 1693, de John Locke, na qual o autor confere ênfase especial à educação física e moral da criança, partindo do pressuposto de que a pedagogia deveria ser empírica. V. John Locke, **Some thoughts concerning education**, edited by John W. and Jean S. Yolton, Oxford: Clarendon Press, 1990, *passim*.

<sup>54</sup> Pelos ensinamentos de Míriam Brigas, infere-se que o século XVIII foi um marco para o surgimento de uma nova consciência familiar: “A partir da segunda metade do século XVIII, a doutrina produzida acerca da infância auxiliou a construção de uma nova consciência familiar, com efeitos no mundo jurídico, especialmente no poder paternal e na menoridade”. Cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 1024.

<sup>55</sup> Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidado.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidado.pdf)>. Acesso em 22 jun. 2019.

<sup>56</sup> Cláudia Sofia Antunes Martins pontua que Jean Jacques Rousseau pode ser considerado o precursor da pedagogia infantil, dado que suas teorias inspiraram muitos pedagogos ao longo dos séculos XVIII e XIX. Para corroborar tal afirmação, a autora pontua: “Para Rousseau, a criança era boa por natureza, razão pela qual, se crescesse em plena liberdade, sem estar sujeita à influência nefasta da civilização, poder-se-ia tornar um ser virtuoso e digno. Daí a essencialidade de uma correcta educação que primasse por salvaguardar e potenciar as qualidades naturais da criança, dando-lhe um espaço de liberdade e autonomia para que aprendesse questionando e experienciando no seu próprio tempo”. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, Braga, tomo LXVI, n.º 343, 2017, pp. 126-127.

<sup>57</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in **Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pp. 25-40 e p. 28.

necessidade de cuidados e de métodos de educação destinados a crianças, de forma que elas pudessem atingir o ápice deste desenvolvimento. Assim, podemos afirmar que, a partir do século XVIII, foi dado o primeiro passo, ainda que recalcitrante, na direção da percepção da importância da educação e dos cuidados ministrados pela família para o adequado desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes<sup>58</sup>.

No século XIX, a infância pagou um alto preço pelo progresso da humanidade em termos materiais, eis que tal século foi o palco para as consequências deletérias da industrialização nas vidas das crianças mais humildes, eis que trabalhavam em excesso e adoeciam como os adultos, muitas vezes em condições degradantes, motivo pelo qual o início do reconhecimento das peculiaridades das crianças contrastava com as condições em que estas viviam<sup>59</sup>. Ao mesmo tempo em que o surgimento de novas ciências<sup>60</sup> permitiu uma melhor compreensão da infância e das suas respectivas necessidades, proporcionando a diminuição dos índices de mortalidade infantil, às crianças mais pobres fora reservada uma realidade diferente, já que trabalhavam nas indústrias, nas minas ou no campo sob um regime praticamente escravo, vítimas que eram de uma incessante busca pela mão de obra barata. Diante de tal cenário, começou a ser delineada a necessidade de algum tipo de intervenção do Estado na família e no ambiente de trabalho.

Contudo, à exceção do surgimento de novas ciências que permitiram uma melhor percepção da criança e de algumas leis<sup>61</sup> esparsas de cunho protetivo, no contexto europeu, o

---

<sup>58</sup> Ainda no que se refere às alterações significativas na História do Direito da Família, mormente no contexto europeu, são pertinentes as reflexões de Miriam Cláudia Brigas, quando pontua que foi somente a partir do século XVIII que a legislação passou a reconhecer que o poder paterno era passível de limitações nos casos de abusos, “na medida em que a sacralização dos pais como seres omnicompreensivos da realidade familiar começara a ser destruída na legislação da segunda metade do século XVIII (...)”. Cf. Miriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 887.

<sup>59</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 29.

<sup>60</sup> Neste sentido, Cláudia Sofia Antunes Martins pontua que, no século XIX, surgiram novas ciências, “como a pedagogia, a psicologia, a medicina infantil, a antropologia e a sociologia, as quais vêm permitir uma melhor compreensão e protecção da infância e da juventude”. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, pp. 130-131.

<sup>61</sup> Ao constatar a postura praticamente passiva assumida pelos Estados europeus no que tange à adoção de medidas jurídicas e sociais destinadas ao reconhecimento dos direitos infantis e sua respectiva proteção, Cláudia Sofia Antunes Martins cita alguns poucos exemplos de iniciativas estatais neste tocante, a saber, a lei inglesa sobre o trabalho infantil, de 1819, que reduziu a jornada de trabalho infantil, bem como a lei francesa de 1841, conhecida como “Lei Guizot”, também sobre trabalho infantil. No que pertine à limitação ao exercício abusivo do poder parental, na segunda metade do século XIX, a autora cita o Código Civil português de 1867. Cf. Cláudia Sofia

século XIX não foi marcado por uma grande evolução em termos de reconhecimento dos direitos infantojuvenis. A despeito desta lacuna de providências estatais em termos de proteção, fora do contexto europeu, a sociedade civil deu um passo importante na proteção das crianças, assim como os tribunais, já que foi no século XIX que surgiu o primeiro caso de uma criança a conseguir ser juridicamente protegida em um tribunal dos maus tratos perpetrados por seus pais adotivos, em 1874, nos Estados Unidos da América<sup>62</sup>, bem como fora criada a primeira sociedade voltada à proteção infantil<sup>63</sup>. Foi também no fim do século XIX, mais especificamente em 1899, que surgiu a primeira corte juvenil, na cidade de Chicago, nos Estados Unidos da América<sup>64</sup>. Mas, assim como nos séculos anteriores, não havia disposições normativas relativas à convivência familiar como um direito das crianças e dos adolescentes, seja em caráter de mera recomendação, seja em caráter vinculante.

Ao contrário dos séculos anteriores, o século XX teve um impacto decisivo para a vida das crianças e dos adolescentes, sob o aspecto do seu efetivo reconhecimento como titulares de direitos. Desde então, ao menos no que se refere à positivação de direitos da população infantojuvenil e aos instrumentos para a sua proteção, o leque de possibilidades está em franco crescimento. Esta evolução normativa refletiu uma nova visão da criança, fazendo com que diversas áreas do saber passassem a gravitar em torno da infância<sup>65</sup>, alterando definitivamente

---

Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, n° 343, Braga, 2017, pp. 131-132.

<sup>62</sup> Trata-se do célebre caso de Mary Ellen Wilson, criança que contava com apenas nove anos de idade quando foi sujeita a maus tratos, por parte da família a que fora confiada, na cidade de Nova Iorque, em 1874. Tão logo tiveram ciência dos abusos, os vizinhos requereram a sua proteção ao Tribunal e incumbiram o caso a um integrante da sociedade americana contra a crueldade aos animais, em razão da ausência de uma entidade específica para proteção das crianças, naquela altura. O caso é considerado uma referência na proteção dos direitos das crianças e deu origem à primeira organização protetiva de crianças da qual se tem notícia, a saber, NYSPCC- New York Society for the Prevention of Cruelty to Children. Para aprofundamento do tema e pormenores do caso citado, Cf. Eric A. Shelman/ Stephen Lazoritz, **Out of the Darkness. The Story of Mary Ellen Wilson**, Kindle Edition, Dolphin Moon Publishing, 1999, formato *ebook*. Cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 87. Cf. também Jorge Duarte Pinheiro, **Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança**, 1ª edição, Lisboa: Gestlegal, 2020, pp. 11-12.

<sup>63</sup> Referimos-nos à NYSPCC (New York Society for the Prevention of Cruelty to Children). Disponível em: <<https://www.nyspcc.org/about-the-new-york-society-for-the-prevention-of-cruelty-to-children/history/>>. Acesso em 05 abr. 2018.

<sup>64</sup> Cf. Samuel J. Barrows, **Children's Courts in the United States. Their Origin, Development and Results**, Washington: Government Printing Office, 1904, p. 9.

<sup>65</sup> O século XX foi marcado, dentre outros aspectos, por uma profunda mudança da imagem da criança perante a sociedade. De adulto em miniatura, ser frágil, impertinente e imperfeito, a criança passou a ser vista como um símbolo do futuro e, conseqüentemente, de esperança, o que fez com que passasse a ser o centro das atenções e de inúmeras pesquisas científicas em diversas áreas do saber. Esta mudança alavancou também um novo retrato da criança na área artística. Assim, a criança passou a ter protagonismo em diversas obras cinematográficas, literárias e musicais, sob um enfoque positivo e otimista, substituindo a imagem de tristeza e de abandono com que fora retratada no século anterior. Como exemplo desta transição, basta uma comparação entre duas obras de amplo



a percepção da criança na História. Não é por outra razão que o século XX costuma ser designado como “a era dos direitos”<sup>66</sup> e também como “século da criança”<sup>67</sup>. Esta designação deve-se a dois motivos principais: o século XX desencadeou uma mudança da percepção da criança pela sociedade em geral, bem como pelo fato de concentrar o maior número de documentos internacionais que posicionam as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, acompanhados de mecanismos efetivos para a sua proteção. Entretanto, no dealbar do século XX, ainda houve espaço para uma outra mudança, qual seja, a transição da percepção da criança como objeto de proteção para o seu reconhecimento como sujeito de direitos. É que, embora a descoberta das peculiaridades da infância tenha ocorrido no decurso dos séculos anteriores, o início do século XX foi marcado pelos ideais de proteção da infância para, só após a sua segunda metade, ceder lugar ao efetivo reconhecimento da criança como sujeito de direitos<sup>68</sup>, o que só veio a acontecer em 1989, mais especificamente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CDC, daqui em diante). Foi o aprofundamento do estudo das especificidades inerentes à infância, de acordo com as suas diferentes etapas de desenvolvimento, que permitiu a identificação das necessidades infantis, sendo que, a partir de então, tais necessidades passaram a ser convertidas em direitos subjetivos da população infantojuvenil<sup>69</sup>. Estas especificidades inerentes à infância surgiram a partir do momento em que diversas áreas do saber debruçaram-se sobre a temática da infância e da juventude, tais como a Medicina, a Psicologia e a Pedagogia. A partir de agora, passaremos a enumerar, cronologicamente, alguns dos principais documentos internacionais voltados ao reconhecimento das crianças e adolescentes, ora como objeto de proteção, ora como sujeitos de direitos, ao longo do século XX.

A Convenção n.º 5 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), firmada em 1919, deu os primeiros passos no que tange à proteção infantil, ainda que tal documento tenha se

---

conhecimento, quais sejam, *Oliver Twist*, de Charles Dickens, originalmente publicada no século XIX, e a obra *Peter Pan*, de James Mathew Barrie, publicada no início do século XX. A primeira obra é um romance inglês que narra as tristes desventuras de uma criança órfã, protagonista da obra. Já a segunda obra dá lugar a uma idealização da infância, sob o ponto de vista do personagem principal, um jovem que deseja eternizar a sua infância e juventude, recusando-se a envelhecer.

<sup>66</sup> A expressão é da autoria de Norberto Bobbio. V. Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, prima edizione, Torino: Giulio Einaudi ed., 1997.

<sup>67</sup> O termo “século da criança” foi criado e desenvolvido por Ellen Karolina Sofia Key, autora sueca cujas obras gravitavam em torno das temáticas relativas à família, à ética, à infância e à educação. Para aprofundamento do tema, v. Ellen Karolina Sofia Key, *Le Siècle de l'Enfant*, Paris: Ernest Flammarion Éditeur, 1900, *passim*.

<sup>68</sup> Neste sentido, cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, p. 135.

<sup>69</sup> Sobre este entendimento, de forma aprofundada, cf. *idem, ibidem*, p. 139.

limitado a uma área específica, quando definiu a idade mínima para o exercício da atividade laborativa nas indústrias<sup>70</sup>. Em que pese a importância da Convenção da OIT, foi em 1924 que surgiu o primeiro documento que consagrou direitos à população infantojuvenil, em termos universais, a saber, a primeira versão da Declaração dos Direitos da Criança<sup>71</sup>, também denominada Declaração de Genebra, adotada pela Sociedade das Nações e formulada anteriormente pelas organizações não governamentais Save the Children e a União Internacional de Auxílio à Criança<sup>72</sup>. Entretanto, a despeito do caráter inovador que lhe conferiu importância histórica, este documento apenas elencava cinco princípios a serem seguidos genericamente no que tange à população infantojuvenil, sem caráter vinculante e coercitivo, eis que desprovidos de qualquer sanção em caso de descumprimento. Para além disto, as disposições da Declaração de 1924 retratavam a criança de forma passiva<sup>73</sup>, motivo pelo qual podemos afirmar que a primeira Declaração dos Direitos da Criança figurou muito mais como uma proclamação de princípios e condutas a serem seguidas do que um documento internacional dotado de efetividade. Nesta esteira, na busca cada vez maior pela significação dos direitos fundamentais<sup>74</sup>, no período pós Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas firmaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, documento este que teve especial importância para os direitos da criança, a partir do momento em que trouxe expressamente consignado em seu texto que a infância tem “direito à ajuda e assistência especiais”, bem como que todas as crianças gozam da mesma proteção social<sup>75</sup>. Portanto, a seguir o percurso histórico traçado neste trabalho, a DUDH veio a reforçar os princípios traçados pela Declaração dos Direitos da Criança de 1924, embora ainda em caráter embrionário.

---

<sup>70</sup> Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_234872/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234872/lang-pt/index.htm)>. Acesso em 14 mai. 2019. O artigo 2º da Convenção estabelece: “Art. 2º: As crianças menores de 14 anos não poderão ser empregadas, nem poderão trabalhar, em empresas industriais públicas ou privadas ou em suas dependências, com exceção daquelas em que unicamente estejam empregados os membros de uma mesma família”.

<sup>71</sup> Disponível em: <<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroina-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em 22 jun. 2019.

<sup>72</sup> Neste sentido, cf. João Luís Gonçalves, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 93.

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*, p. 144.

<sup>74</sup> Para um estudo mais aprofundado acerca dos direitos fundamentais na atualidade e o seu respectivo significado, cf. Konrad Hesse, **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 24 e ss.

<sup>75</sup> V. artigo 25º, n.º 2 da DUDH.

Nesta sequência histórica, em 1959, fora firmada a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>76</sup>. A nova Declaração tinha o mérito de ser mais completa do que a Declaração de 1924, eis que declarava dez princípios e não mais cinco e transcendia a órbita dos princípios, passando a elencar alguns direitos à população infantojuvenil, avançando, pois, no que se refere a um antigo posicionamento passivo da criança. Todavia, a Declaração de 1959 continuava a não ostentar caráter vinculante e coercitivo junto aos Estados signatários, eis que desprovida de medidas coercitivas em caso de descumprimento, sendo certo, ainda, que o modelo adotado insistia no caráter genérico e vago dos princípios elencados, o que dificultava a sua transposição para o ordenamento jurídico interno<sup>77</sup>. Ademais, havia certa lacuna no que se referia à intervenção estatal direcionada às crianças que experimentavam situações de risco junto às próprias famílias. Desta forma, se, por um lado, a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, é considerada um marco histórico<sup>78</sup> fundamental no reconhecimento dos direitos da população infantojuvenil, mormente em termos do direito à convivência familiar, eis que, pela primeira vez, trouxe a previsão do direito de a criança ser criada pelos seus pais, por outro lado, não podemos afirmar que esta Declaração tenha sido um divisor de águas no que pertine à ruptura definitiva da percepção da criança como objeto de proteção para o seu reconhecimento como sujeito de direitos, tampouco em termos de uniformização legislativa em matéria de proteção e de promoção da infância e da juventude<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> A Declaração dos Direitos da Criança firmada em 1959 traz em seu bojo a previsão de dez princípios e, pela primeira vez, consagrou, de forma mais contundente e expressa, a importância da convivência familiar para o desenvolvimento completo e harmonioso da criança. Neste sentido, vejamos o teor da redação do Princípio n.º 6: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas”. A Declaração foi adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959 e foi ratificada por Portugal e Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em 15 mai. 2019.

<sup>77</sup> Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, p. 146.

<sup>78</sup> Cf. Sérgio Luiz Kreuz, **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente. Direitos fundamentais, Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**, Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 19.

<sup>79</sup> Neste sentido, Cláudia Sofia Antunes Martins aduz que um dos méritos da CDC foi o de ter insistido, pela primeira vez, na necessidade de os Estados -Partes introduzirem mecanismos de promoção dos direitos infantojuvenis em seus ordenamentos jurídicos, traduzindo-se, pois, em um “instrumento internacional de uniformização legislativa” em matéria infantojuvenil. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in *Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, p. 148.

A partir de então, outros documentos internacionais passaram a trazer em seu bojo normas relativas à proteção infantojuvenil, fazendo coro às normas protetivas já existentes na DUDH, de 1948, bem como na Declaração de 1959. Dentre estes documentos, podemos citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e culturais<sup>80</sup>, de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969<sup>81</sup>(no contexto americano) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância<sup>82</sup>, de 1985.

Em razão da constatação da incompletude e da falta de densidade das normas previstas nos documentos internacionais até então existentes, após diversas tratativas entre os Estados Partes da ONU, em 20 de novembro de 1989, fora aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>83</sup>. Este documento, diferentemente dos demais já citados, foi um verdadeiro marco no

---

<sup>80</sup> O artigo 10º do Pacto reconhece a importância da família como elemento fundamental da sociedade, bem como a necessidade de adoção de medidas especiais de proteção e assistência à infância e à juventude, ao dispor que: “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1 - Uma proteção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é o núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos. 2 - Uma proteção especial deve ser dada às mães durante um período de tempo razoável antes e depois do nascimento das crianças. Durante este mesmo período as mães trabalhadoras devem beneficiar de licença paga ou de licença acompanhada de serviços de segurança social adequados. 3 - Medidas especiais de proteção e de assistência devem ser tomadas em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma derivada de razões de paternidade ou outras. Crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração econômica e social. O seu emprego em trabalhos de natureza a comprometer a sua moralidade ou a sua saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida, ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal deve ser sujeito à sanção da lei. Os Estados devem também fixar os limites de idade abaixo dos quais o emprego de mão-de-obra infantil será interdito e sujeito às sanções da lei”. O Pacto sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 teve início de vigência relativamente a Portugal em 31/10/1978 e fora aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_economicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2019. No Brasil, apesar de tardiamente, o Pacto foi promulgado pelo Decreto n.º 591 de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em 15 mai. 2019.

<sup>81</sup> O artigo 17º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica) prega a proteção da família, a partir da constatação de que esta é o elemento natural e fundamental da sociedade, pelo que deve ser objeto de proteção pela sociedade e pelo Estado. Por sua vez, o artigo 19º da Convenção estabelece que toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 14 mai. 2019.

<sup>82</sup> As regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens (Regras de Beijing) foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n.º 40/33, de 29 de novembro de 1985. Os Comentários ao artigo 17 do documento esclarecem que “as regras Mínimas para a Administração da Justiça de Jovens não têm por função prescrever a abordagem a seguir, mas sim identificar a abordagem mais conforme aos princípios universalmente aceites”. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras\\_minimas\\_beijing.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf)>. Acessado em 16 mai. 2019.

<sup>83</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante, CDC), foi adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989. Este instrumento jurídico internacional entrou em vigor na ordem internacional em 02 de setembro de 1990. A CDC foi assinada por Portugal em 26 de janeiro de 1990, tendo sido aprovada e ratificada, respectivamente, pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90. A CDC

reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Em primeiro lugar, porque, pela primeira vez, um documento internacional abandonou a postura passiva outrora conferida às crianças, passando a posicioná-las como verdadeiros sujeitos de direitos, elencando em seu bojo uma vasta gama de direitos fundamentais a elas direcionados, para além daqueles já inerentes às pessoas em geral. Em segundo lugar, porque havia previsão expressa no sentido de que todos os Estados signatários assumiriam o compromisso de adequar as suas legislações internas ao eixo firmado pela CDC, adotando todas as medidas administrativas e legislativas para tal fim e, ainda, estabelecendo mecanismos de fiscalização, a cargo do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, de forma a averiguar se os Estados Partes estariam realmente a cumprir o que fora firmado. Em razão destas peculiaridades, a CDC passou a conferir verdadeira efetividade aos direitos *infantojuvenis* e aos seus respectivos mecanismos de proteção.

Dentre as diversas inovações da CDC, está o fato de a família ter assumido papel central no crescimento e desenvolvimento das crianças, motivo pelo qual passou a ter grande relevo a previsão de apoio estatal a estas famílias de forma que pudessem cumprir adequadamente o *mister* de criar, educar e proteger as suas crianças. A CDC logrou a pretensão de ser um documento completo em termos de consagração dos direitos *infantojuvenis*, deixando para trás a chancela de mero documento dotado apenas de “força moral”, como os documentos internacionais que a antecederam<sup>84</sup>. Não é à toa que a CDC é o documento internacional sobre direitos humanos que conta com o maior número de ratificações do qual temos ciência na História<sup>85</sup>. Ademais, como teremos a oportunidade de ver mais adiante, os princípios e ditames

---

entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 21 de outubro de 1990. Por sua vez, a CDC foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 e promulgada pelo Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>84</sup> José Melo Alexandrino advoga a tese de que os direitos da criança previstos na CDC não são verdadeiros direitos, mas sim deveres dos Estados e da comunidade internacional, já que o titular destes direitos não os pode opor ao destinatário, em razão também da “ausência de mecanismos de cumprimento da obrigação” assumida pelos Estados. Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 293. Em sentido convergente, Jorge Duarte Pinheiro também apresenta uma visão crítica à corrente afirmação no sentido de que a CDC consagra verdadeiros direitos da criança, ao defender a ideia de que, na verdade, a CDC consagra deveres assumidos pelos Estados-Partes perante a comunidade internacional, no que se refere à situação da criança. Para o autor, “Os Estados-Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos estabelecidos na Convenção (cf. respectivo art. 2º, n.º 1), só que a proclamação de tais direitos não confere à criança (nem aos seus representantes legais) uma pretensão jurídica”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, in Marcelo Rebelo de Sousa *et al* (coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. VI, Lisboa, 2012, pp. 532-533.

<sup>85</sup> Ressaltando o sucesso quase universal da CDC, cf. Jorge Duarte Pinheiro, “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, in Marcelo Rebelo de Sousa *et al* (coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. VI, Lisboa., 2012, p. 532. Em seu estado atual, a CDC conta com a ratificação de 196 Estados, sendo que, dos países que assinaram a Convenção citada, apenas os Estados Unidos da América não a ratificaram até o presente momento. Por sua vez, alguns países, embora tenham ratificado a CDC, adotaram

preconizados pela CDC inspiraram e moldaram as feições atuais dos ordenamentos jurídicos internos de Portugal e do Brasil.

Para além destes documentos citados, o século XX testemunhou a criação de outros documentos internacionais de inegável relevância em matéria infantojuvenil, embora em áreas mais específicas, dentre os quais, podemos citar os princípios orientadores de Riaad (Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990), a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980, a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia), de 29/05/1993, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto legislativo n.º 63/1995, que estabelece que toda criança deve crescer em meio familiar para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade.

Nas décadas que se seguiram à CDC, portanto, já no século XXI, foram firmados alguns protocolos em matéria infantojuvenil, dentre eles, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil<sup>86</sup> e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados<sup>87</sup>. No contexto europeu, podemos citar também o Regulamento (CE) de 27/11/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, também designado por Regulamento de Bruxelas, a Convenção Europeia em matéria de Adoção de Crianças, de 2008, a Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças<sup>88</sup>, de 1996, dentre outros.

---

uma posição de reserva com relação a algumas disposições da Convenção. Como exemplo, podemos citar alguns países muçulmanos, que adotaram reservas relativas às disposições que tratam da adoção, já que este instituto vai de encontro à Sharia islâmica. Uma pesquisa mais aprofundada sobre o panorama atual das ratificações da CDC está disponível em:

<[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en)>.

Acesso em 16 mai. 2019.

<sup>86</sup> O Protocolo teve início de vigência na ordem internacional em 18/01/2002, mas só começou a vigorar em Portugal a partir de 16/06/2003, tendo sido aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003.

O texto do Protocolo Facultativo à Convenção está disponível em:

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_direitos\\_crianca\\_venda\\_crianças-pornog\\_infantil.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_direitos_crianca_venda_crianças-pornog_infantil.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2019.

<sup>87</sup> Trata-se de um instrumento multilateral da Organização das Nações Unidas cujo início de vigência na ordem internacional deu-se em 12/02/2002. O Protocolo foi assinado por Portugal em 06/09/2000, com início de vigência no ordenamento interno em 19/09/2003. O documento foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/2003, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 22/2003.

<sup>88</sup> A Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança tem por fim cumprir os ditames do artigo 4º da CDC, que consigna o compromisso assumido pelos Estados-Partes de tomar todas as medidas legislativas,

Sem descurar da premissa de que esta investigação versa sobre o direito fundamental à convivência familiar, passaremos a enumerar alguns documentos internacionais que trazem em sua estrutura previsões normativas sobre este tema. No contexto internacional, apesar de a CDC<sup>89</sup> ser o mais importante e completo destes documentos, esclarecemos que, a partir da Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959<sup>90</sup>, foram elaborados outros documentos que consagraram expressamente o direito à convivência familiar ou, pelo menos, a importância da família para o desenvolvimento da personalidade da criança. Como já assinalamos, o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu artigo 10º, reconhece a importância da família como elemento fundamental da sociedade, bem como a necessidade de adoção de medidas especiais de proteção e de assistência à infância e à juventude. Nesta mesma linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, em seu artigo 17º, estabelece a necessidade de proteção da família, a partir da afirmação de que esta é o elemento natural e fundamental da sociedade.

---

administrativas e demais medidas necessárias à efetivação dos direitos reconhecidos pela CDC. Visa, portanto, implementar, no contexto regional europeu, direitos fundamentais e princípios já consolidados globalmente na CDC. O fato de todos os países membros da União Europeia terem ratificado a CDC reforça não só a necessidade de uma implementação efetiva de direitos, mas também a necessidade de adoção de uma legislação homogênea, em termos regionais. A Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança foi aprovada em 25 de janeiro de 1996, em Estrasburgo e entrou em vigor na ordem internacional em 01 de julho de 2000. Em Portugal, a Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/571090>>. Acesso em 23 mai. 2019.

<sup>89</sup> Em diversas passagens, a CDC deixa clara a importância da convivência familiar no contexto infantojuvenil. Já em seu preâmbulo, a CDC reconhece explicitamente a essencialidade da convivência familiar, ao estabelecer que: “(...) Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade; Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; (...)”. Mais adiante, em seu artigo 9º, a CDC dispõe que os Estados-Partes devem garantir que a criança não seja separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se tal separação for estritamente necessária para o atendimento do interesse superior da criança, como, por exemplo, nos casos de maus tratos ou negligência parental. Nesta mesma linha, o n.º 3 do artigo 9º da CDC prega que, ainda que separada de seus pais, os Estados-Partes devem respeitar o direito de a criança manter relações pessoais e contatos diretos com os genitores, desde que tais contatos observem o interesse superior da criança. O artigo 18º da CDC trata das responsabilidades parentais e, ao dispor que recai primeiramente nos pais a responsabilidade relativa à educação e ao desenvolvimento da criança, estabelece que os Estados-Partes devem assegurar uma assistência adequada aos pais para que possam cumprir este *mister*.

<sup>90</sup> Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, foi o primeiro documento internacional que formalizou expressamente a importância da convivência familiar para o desenvolvimento da personalidade, ao pregar, em seu princípio 6º, que, para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança deverá ser criada sob a responsabilidade e sob os cuidados dos seus pais, sempre que possível. Estabelece, ainda, a obrigação das autoridades públicas de envidar cuidados especiais às crianças carecedoras de família.

Nesta linha de argumentação, será que poderíamos afirmar que, no século XXI, já existe uma “proteção multinível”<sup>91</sup> do direito à convivência familiar? Em outras palavras, será que este direito já estaria positivado em catálogos diferentes, com a consequente atribuição de competência a tribunais diversos para a sua tutela? Tomemos como exemplo a experiência portuguesa. Neste tocante, estaria o direito fundamental à convivência familiar protegido em um patamar nacional, regional e global<sup>92</sup>? Como teremos a oportunidade de ver mais adiante, a resposta é positiva. Ainda que não com esta nomenclatura propriamente dita, como ainda veremos, tal direito está tutelado, em patamar nacional, pela CRP (art. 26º, art. 36º, n.º 5, 6 e 7, art. 67º e art. 69º), pela LPCJP (artigo 4º, alínea h), dentre outros diplomas legais. Em um patamar regional, podemos afirmar que o direito à convivência familiar está tutelado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 7º, 9º, 24º, n.º 1, 2 e 3 e art. 33º, n.º 1) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigos 8º, n.º 1 e 2 e 12º). Por sua vez, embora a Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança não preveja expressamente este direito, introduz mecanismos processuais para que as crianças não sejam dele privadas. Em termos globais, como já tivemos a oportunidade de esclarecer, tal direito estaria tutelado pela CDC e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>93</sup>. Portanto, no exemplo utilizado, em caso de eventual lesão a uma determinada criança por força da inobservância deste direito, haveria possibilidade de se buscar a tutela judicial em tribunais diversos, vale dizer, tanto junto a um Tribunal Judicial de uma comarca, em primeira instância, como junto ao Tribunal de Justiça da União Europeia, assim como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Da mesma forma, no Brasil, para além deste direito estar tutelado, em

---

<sup>91</sup> Ao esclarecer que esta expressão é utilizada para designar “a incidência simultânea de diversos ordenamentos jurídicos na proteção dos direitos fundamentais, bem como à existência de diferentes jurisdições a dirimir as lides levadas ao conhecimento das instâncias competentes”, Jefferson Lima de Souza faz uma reflexão crítica acerca das vantagens e riscos desta posituação dos mesmos direitos fundamentais em catálogos diversos. Para aprofundamento do tema, cf. Jefferson Lima de Souza, “O Diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos Direitos Fundamentais”, in Ana Maria Guerra Martins (Coord.), **A Proteção Multinível dos Direitos Fundamentais. Estudos sobre Diálogo Judicial**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, pp. 15-16. Com o mesmo sentido, alguns autores ainda se referem à expressão “constitucionalismo multinível”. Neste sentido, cf. Ingolf Pernice, “European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States. Implications for Brexit”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Tomo I, vol. 93, Coimbra, 2017, pp. 211-244.

<sup>92</sup> Para o aprofundamento do tema da proteção dos direitos fundamentais nestes três níveis, cf. Ana Maria Guerra Martins, **Manual de Direito da União Europeia**, 2ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 41-56.

<sup>93</sup> Artigo 16º da DUDH: “Artigo 16º: (...) 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.



termos internos, na CRFB e no ECA, em um patamar regional<sup>94</sup>, está tutelado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e, em um patamar internacional, pela CDC<sup>95</sup>.

Antes de finalizar este tópico, reputamos importante salientar que os avanços atingidos ao longo do percurso evolutivo do estatuto jurídico da infância e da juventude apontam atualmente para três problemáticas que têm despertado a atenção dos operadores do Direito: a crise de efetividade<sup>96</sup> do vasto arcabouço normativo alcançado na seara da infância e da juventude, a excessiva maleabilidade conferida ao princípio do superior interesse da criança como fator propulsor de interpretações que acabam por se afastar de tal interesse e uma aparente crise entre a consagração da autonomia da vontade da criança e o poder familiar, como fator desencadeante de uma paulatina reorganização das famílias<sup>97</sup>.

Com relação à crise de efetividade das normas relativas à população infantojuvenil, verificamos que tal fenômeno é comum às realidades brasileira e portuguesa. Diuturnamente e em ambas as realidades, diversas crianças e adolescentes deparam-se com o desrespeito a seus direitos, não por falta de previsão normativa, seja a título constitucional ou legal, mas sim pelo fato de as normas existentes carecerem de eficácia, por uma interpretação destas de maneira

---

<sup>94</sup> No aspecto regional, Gisela Santos de Alencar Hathaway destaca que o Brasil integra o Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). Neste diapasão, a autora pontua também que “o Brasil está vinculado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José, de 1969, bem como ao Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, de 1988, e ao Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990. No contexto regional, o Brasil se sujeita às disposições do órgão jurisdicional regional nos processos internacionais de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida em 1969, em São José, na Costa Rica”. Cf. Gisela Santos de Alencar Hathaway, “Fontes internacionais e comparadas de justiça juvenil e sua aplicação no Brasil”, in Anderson Pereira de Andrade/ Bruno Amaral Machado (coord.), **Justiça Juvenil. Paradigmas e Experiências comparadas**, 1ª ed., São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017, pp. 60-61.

<sup>95</sup> Pontuamos apenas que, para a realização de uma denúncia relativa à violação de direitos humanos, é necessário que as soluções domésticas tenham sido exauridas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/denuncias/>>. Acesso em 16 mai. 2019.

<sup>96</sup> Como exemplo desta falta de efetividade a que nos referimos, Emilio Garcia Méndez menciona a existência de uma dupla crise relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil. O autor refere-se a uma “crise de implementação relativa ao baixo nível de financiamento das políticas sociais como um todo e a uma crise de interpretação que se refere à tentativa de operar o ECA com a discricionariedade da ideologia e da prática tutelar”. Cf. Emilio Garcia Méndez, “Una Reflexión Crítica Imprescindible”, in Anderson Pereira de Andrade/ Bruno Amaral Machado (coord.), **Justiça Juvenil. Paradigmas e Experiências comparadas**, 1ª ed., São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017, p. 10 (tradução nossa).

<sup>97</sup> Sobre a crise a que aludimos, Jayme Martins de Oliveira Neto reflete: “No momento atual, entretanto, percebe-se que a família não sabe exatamente o que deseja manter (conservar) e o que deseja mudar (modernizar); parece perdida e não é de se estranhar que nesse ambiente se recorra permanentemente ao juiz, para que ele aja como o intermediador, ou mais do que isso, que ele substitua a decisão que, em princípio, deveria caber aos pais e é então transferida ao Estado-Juiz”. Cf. Jayme Martins de Oliveira Neto, “A família na atualidade”, in Eduardo Vera-Cruz Pinto/ José Rodolpho Perazzolo/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Família: Patrimônio da Humanidade**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 109.

equivocada ou tendenciosa ou, ainda, pelo mau funcionamento das aparatos estatais<sup>98</sup>. Será que poderíamos apontar esta crise de efetividade como a causa de um certo retorno a algumas práticas que pareciam adormecidas, como o sacrifício<sup>99</sup>, o abandono de crianças (assistido ou não)<sup>100</sup> e a excessiva institucionalização? Como teremos a oportunidade de ver ao longo deste trabalho, o nosso objetivo tangencia a questão da efetividade (ou da falta de efetividade) de um direito fundamental, já que tem por premissa reafirmar a sua natureza para dele extrair todas as suas potencialidades necessárias para lhe conferir efetividade.

No que tange à suposta contradição entre a consagração da autonomia da vontade da criança e o poder familiar, esclarecemos que a questão será aprofundada no capítulo 3, mais especificamente no item 3.4. Já no que se refere à excessiva maleabilidade conferida ao princípio do superior interesse da criança, o tópico será debatido com maior profundidade no item 3.2. Nos dois próximos tópicos, passaremos a tratar da evolução do regime jurídico da infância e da juventude em termos mais estritos, a saber, em Portugal e no Brasil. Adotaremos como ponto de partida o século XX, eis que, como já assinalado, foi o período histórico mais significativo em termos de reconhecimento de direitos à população infantojuvenil.

---

<sup>98</sup> Neste sentido, é digna de nota a reflexão da lavra de José Melo Alexandrino no sentido de que pode ser incompleta a afirmação de que a proteção das crianças deve ser feita preferencialmente sob a forma de atribuição de direitos. O autor constrói a ideia de que a garantia dos direitos das crianças depende principalmente da análise detida dos problemas e do bom funcionamento dos mecanismos do Estado de Direito democrático. Cf. José Melo Alexandrino, **O Discurso dos Direitos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 130-131.

<sup>99</sup> João Luís Gonçalves refere-se a notícias de investigações jornalísticas que comprovam a existência de sacrifícios de crianças nos dias atuais, sob os mais diversos pretextos. Como um dos exemplos, o autor cita uma notícia publicada em 06/03/2017, no Diário de Notícias, dando conta de que uma criança fora utilizada na Índia como sacrifício humano, sob o pretexto de curar um homem que sofria de paralisia. Cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 119.

<sup>100</sup> Pelo que depreendemos de algumas notícias divulgadas alhures, há pretensão, ainda que tímida, de retorno à prática da “Roda dos Expostos”. No que tange aos dias atuais, referimo-nos às “caixas de bebês”, prática que vem sendo ressuscitada em pleno século XXI, em alguns países. João Luís Gonçalves leciona que várias caixas destinadas a receber crianças foram instaladas em países como Alemanha, Áustria, Hungria, Suíça, Polónia, República Checa, Letónia, África do Sul, Índia, Austrália, Canadá, Estados Unidos da América e Japão, dentre outros. O autor menciona que, desde o ano de 2000, centenas de crianças foram resgatadas através destas caixas. Todavia, em que pese ser louvável a iniciativa, certamente calcada em uma premissa humanitária, gostaríamos de fazer um convite a uma reflexão crítica, lançando uma dúvida: esta seria realmente uma prática adequada ao atual estágio de evolução atingido na seara da infância ou seria um lamentável retrocesso, eis que remontaria um costume medieval, como já tivemos a oportunidade de expor anteriormente neste capítulo? Como exemplo de país que vem adotando a prática da “baby box” desde o ano de 2005, o autor cita de forma mais pormenorizada a experiência da República Checa, que conta atualmente com setenta e quatro caixas espalhadas por todo o país, junto a hospitais, clínicas, distritos policiais, corpo de bombeiros, dentre outras instituições. Para conhecimento do programa no país, cf. <<http://www.babybox.cz/>> Acesso em 06 mai. 2019. Cf. também João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, pp. 119-121.

## 1.2 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude em Portugal

No cenário europeu<sup>101</sup>, Portugal demonstrou uma postura arrojada e precursora, ao criar, em 1911, uma legislação específica para a infância e a juventude, qual seja, a “Lei da Protecção da Infância”<sup>102</sup> (doravante, LPI). A partir de então, adotando um critério cronológico, e na esteira do que parte da doutrina preconiza<sup>103</sup>, em Portugal, podemos dividir a protecção infantojuvenil, em termos de regime jurídico, em três períodos. O primeiro período teve início a partir da entrada em vigor da L.P.I., no ano de 1911. O segundo período iniciou-se com a vigência da Organização Tutelar de Menores (doravante, OTM), no ano de 1962, ao passo que o terceiro e último período fora encetado com a entrada em vigor das Leis n.º 147/99 (Lei de Protecção a Crianças e Jovens em Perigo, doravante, LPCJP) e Lei n.º 166/99 (Lei Tutelar Educativa, doravante, LTE), ambas do ano de 1999. Vejamos rapidamente os traços mais característicos de cada um destes períodos.

No começo do século XX, Portugal ganhou destaque no cenário europeu, por ser o primeiro país a adotar um diploma legal voltado à Infância e à Juventude<sup>104</sup>. O diploma legal a que nos referimos era a LPI (Decreto-Lei de 27 de maio de 1911), que possuía dentre as suas características a distinção entre o Direito Penal e o Direito de Menores, imbuída da ideia de atenuar as condições de pobreza e de exclusão que reinaram no país, como resquícios da fase

<sup>101</sup> Sobre a postura pioneira de Portugal no cenário europeu, Maria Ignez Franco Santos bem observa que, mesmo na França, berço de grandes conquistas sociais, o primeiro tribunal especializado em menores somente surgiu em 1912, em Paris. Contudo, a autora esclarece que tal tribunal era destinado apenas a menores então denominados delinquentes. Cf. Maria Ignez Franco Santos, **A Protecção dos Expostos e dos Órfãos- Origem do Direito das Crianças**, Porto Alegre: Editora Evangraf, 2016, p. 109. Fora do cenário europeu, a criação e o estabelecimento da primeira corte juvenil data de 1899, na cidade de Chicago, nos Estados Unidos da América. Neste sentido, cf. Samuel J. Barrows, **Children's Courts in the United States. Their Origin, Development and Results**, Washington: Government Printing Office, , 1904, p. 9. Neste mesmo sentido, cf. também *ibidem.*, p. 109, nota de rodapé n.º 81.

<sup>102</sup> Trata-se da lei aprovada pelo Decreto-Lei de 27 de maio de 1911. Neste sentido e para aprofundamento do tema, cf. Claudia Sofia Antunes Martins, “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à entrada em vigor da L.P.C.J.P.”, in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, número 22, Porto, 2012, p. 133. V. também Carlos Poiars, **Edição Comemorativa da Lei de Protecção da Infância, 27 de maio de 1911**, Lisboa: Editora da Faculdade de Psicologia Forense da Universidade Lusófona, 2010. Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 25 set. 2018.

<sup>103</sup> Embora de forma mais profunda e pormenorizada, as fases ora sistematizadas são da lavra de Claudia Sofia Antunes Martins. Cf. Claudia Sofia Antunes Martins, “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à Entrada em vigor da L.P.C.J.P.”, in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º 22, Porto, 2012, pp. 137-142.

<sup>104</sup> O pioneirismo a que nos referimos limita-se ao contexto europeu, já que, em um contexto global, a experiência norte-americana é pretérita, posto que, como já ressaltamos, o primeiro Tribunal de Menores foi criado no Estado de Illinois, Estados Unidos da América, no ano de 1899. Sobre a criação deste primeiro tribunal especializado, cf. Samuel J. Barrows, **Children's Courts in the United States. Their Origin, Development and Results**, Washington, Government Printing Office, 1904, p. 9.

da monarquia<sup>105</sup>. Em sua estrutura normativa, tal diploma previa simultaneamente medidas de amparo a crianças e jovens considerados em situação de perigo<sup>106</sup> e medidas reeducativas direcionadas a jovens classificados como delinquentes<sup>107</sup>. Para tal desiderato, a L.P.I. enquadrava os menores em cinco categorias<sup>108</sup> que desafiavam a aplicação de medidas distintas<sup>109</sup>, perante tribunais especializados. Em que pese a duvidosa inovação relativa à separação e classificação estanque e formal dos menores em categorias, um dos maiores méritos da LPI foi a criação de tribunais especializados para tratar de questões afetas à infância e à juventude<sup>110</sup>, a partir do ano de 1911. Nesta esteira e com fulcro nesta lei, foi criada a primeira Tutoria de Infância, na cidade de Lisboa<sup>111</sup>. Na sequência, houve a criação das tutorias do Porto e de Coimbra, o que pode ser considerado a gênese dos atuais Tribunais de Família e Menores. O pioneirismo a que aludimos residia também no fato de que, embora com foco nas crianças pobres e excluídas socialmente, a LPI fez com que a infância deixasse de ser invisível, ao menos em termos jurídico-legais, e passasse a merecer a atenção do legislador.

<sup>105</sup> Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 23 mai. 2019.

<sup>106</sup> O artigo 26º a 57º da LPI disciplinava os menores em situação de perigo moral: menores abandonados, pobres ou maltratados.

<sup>107</sup> A LPI entendia como menores delinquentes aqueles que tinham idade compreendida entre nove e dezesseis anos e que fossem condenados como autores de uma contravenção ou autores, encobridores ou cúmplices de um crime. Sobre os menores delinquentes, cf. a redação dos artigos 62º a 68º da LPI. O artigo 62º da LPI pregava: “O menor delinquente é aquele que fôr julgado autor de uma contravenção ou autor, encobridor ou cúmplice dum crime, punido respectivamente por um regulamento, postura ou lei penal”. Cf. Carlos Poiares, **Edição Comemorativa da Lei de Protecção da Infância, 27 de maio de 1911**, Lisboa: Editora da Faculdade de Psicologia Forense da Universidade Lusófona, 2010, p. 26. Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 25 set. 2018.

<sup>108</sup> As cinco categorias reservadas aos menores pela LPI eram as seguintes: menores em situação de perigo moral, menores desamparados, menores delinquentes, menores indisciplinados e menores anormais patológicos. O artigo 26º a 57º da LPI elencava os menores em situação de perigo moral (abandonados, pobres ou maltratados). Já os artigos 58º a 61º da LPI elencavam os menores desamparados como sendo aqueles ociosos, vadios, mendigos ou libertinos. Por sua vez, os artigos 62º a 68º da LPI classificavam os menores delinquentes (contraventores e criminosos). Os artigos 69º a 72º da LPI elencavam os menores indisciplinados como sendo aqueles considerados desobedientes ou incorrigíveis pelos pais ou tutores. Por fim, os artigos 73º a 75º da LPI disciplinavam os menores anormais patológicos (portadores de doença mental, fraqueza de espírito, epilepsia, histeria ou instabilidade mental). Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 16 mai. 2019.

<sup>109</sup> Com relação às categorias de menores nos moldes instituídos pela LPI e para aprofundamento do tema, cf. Claudia Sofia Antunes Martins, “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à Entrada em vigor da L.P.C.J.P.”, in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º22, Porto, 2012, pp. 137-142.

<sup>110</sup> Artigo 2.º da LPI: “A Tutoria da Infância é um tribunal colectivo especial, essencialmente de equidade, que se destina a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou delinquentes, sob a divisa: «educação e trabalho». § único. Êste tribunal julga pela sua consciência como um bom pai de família, no amor pela verdade e justiça, e sempre no interesse dos menores”. Disponível em: <[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 16 mai. 2019.

<sup>111</sup> A LPI teve uma fase experimental, que englobou somente as regiões de Lisboa, Porto e Coimbra. Foi apenas em 1925, por intermédio do Decreto-Lei n.º 10.767/1925, que o sistema foi expandido para todo o país. A L.P.I. teve cerca de trinta alterações e foi revogada com a publicação da O.T.M., no ano de 1962.

Entrementes, para além do pioneirismo no tratamento específico da matéria da infância e da juventude, na Europa, a L.P.I. introduziu um sistema focado em uma intervenção paternalista, na qual o direito ao contraditório e à audição de crianças e jovens eram ignorados<sup>112</sup>. Ademais, a LPI nada previa acerca da convivência familiar. O foco da lei era purificar a infância e a juventude através do recurso ao enquadramento e à respectiva disciplina relativa a cada uma das categorias de menores mencionadas<sup>113</sup>. Embora houvesse uma previsão relativa ao poder parental e aos casos em que este poderia ser inibido, nos artigos 17º a 25º, além de uma tímida previsão acerca do “interesse do menor”, no artigo 20º, § 4º,<sup>114</sup> a LPI nada trazia de relevante com relação à importância da convivência familiar para a formação e para o desenvolvimento da personalidade desta parcela da população, tampouco demonstrava preocupação com a garantia deste direito para a prevenção da denominada “delinquência juvenil”. A par disto, a LPI deixava a desejar no que se refere às situações em que as crianças estivessem em perigo por fato imputável à própria família. Apesar destes aspectos, naturais para o contexto do início do século XX, mas que, hoje, podem ser considerados distorções, a LPI teve também o mérito de inaugurar um regime jurídico penal e processual penal próprio para aqueles considerados menores<sup>115</sup>, à época<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Com este entendimento, cf. João Pedroso, “Direito de Menores, um direito social?”, in Joana Marques Vidal (Coord.), **O Direito de Menores. Reforma ou Revolução?**, Lisboa: Edições Cosmos, 1998, p. 71.

<sup>113</sup> Com relação ao objeto da lei, o artigo 1º da LPI previa que: “Com os fins de prevenir não só os males sociais que podem produzir a perversão ou o crime entre os menores de ambos os sexos de menos de dezasseis anos completos, ou comprometer a sua vida ou saúde; mas também de curar os efeitos desses males, serão criadas as seguintes instituições: Tutoria da Infância; Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças”. Do mesmo modo, o preâmbulo da Lei já deixava clara a sua intenção: “O intuito deste decreto é, pois, atender a um velho mal com indispensáveis medidas de saneamento sendo a primeira dessas medidas o furtar a criança desprovida aos ambientes viciados, que lhe envenenam a alma e o corpo, aos meios de infecção íntima, que depravam e inutilizam uma parte considerável da nossa população. Só com crianças educadas num regime escolar”.

<sup>114</sup> Art. 20º da LPI: “A fórmula – sob a guarda da República – é a inibição de parte do poder parental, abrangendo o exercício dos direitos de guarda, educação, correcção, administração do pecúlio e consentimento para alistamento no exército, conferidos legalmente ao pai e mãe, sómente, sobre aqueles filhos menores de dezasseis anos que eles desprezam ou maltratam. § 1.º Esta inibição só tem lugar nos casos notórios do pai, ou da mãe, ou de ambos, desprezarem ou maltratarem um ou mais filhos menores de dezasseis anos, com grave prejuízo da sua saúde ou moralidade; enquanto estimam e tratam bem os restantes filhos, sem prejuízo da sua moralidade. § 2.º A inibição indicada só abrange os direitos dos pais relativamente às vítimas dos seus maus tratos ou desprezo, ainda mesmo que o pai, ou a mãe, ou ambos, não tenham sido condenados por este facto a qualquer pena correcional. § 3.º A mesma inibição ainda tem lugar, nos casos em que a segunda mulher do pai, ou a concubina que vive com êle, ou o segundo marido da mãe ou o amante, sejam, respectivamente, quem despreze ou maltrate o menor ou menores enquanto que o pai, ou a mãe, é incapaz ou impotente para pôr còbro a esta situação. § 4.º Em qualquer dos casos do parágrafo anterior, a inibição será proferida contra o pai, ou a mãe, se isso for julgado necessário no interesse do menor ou menores, em razão do responsável não poder tomar a obrigação de garantir que no futuro o filho ou filhos sejam melhor tratados (...)”.

<sup>115</sup> O artigo 1º da LPI considerava menores aqueles com menos de dezasseis anos completos, de ambos os sexos.

<sup>116</sup> Para aprofundamento da evolução da legislação afeta à infância e à juventude em Portugal, Claudia Sofia Antunes Martins enumera aspectos positivos e negativos da LPI. Neste sentido, cf. Claudia Sofia Antunes Martins, “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à Entrada em vigor da L.P.C.J.P”, in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º 22, Porto, 2012, pp. 143-147.

Com o objetivo de atingir um triplo fim: “de proteger a fraqueza inerme, de preparar e temperar caracteres, de procurar fomentar energias”<sup>117</sup>, a LPI começava por designar o seu objeto, para, em seguida, disciplinar a estrutura e a competência das tutorias da infância e as formas de inibição do poder parental ou tutelar. A partir de então, passava a elencar e a classificar as categorias de menores a quem a lei se destinava e, do artigo 76º em diante, a LPI trazia disposições diversas, dentre elas, aquelas de natureza processual. Por fim, antes das disposições transitórias, a lei enumerava diversas instituições destinadas à infância e à juventude, sejam aquelas de caráter assistencial, sejam as de caráter correicional. Como já tivemos a oportunidade de ver, quando analisamos a evolução do regime jurídico da infância e da juventude em termos globais, o século XX não foi homogêneo em termos de percepção da criança. Nesta linha de argumentação, vimos que, no início do século XX, a criança ainda não era vista como sujeito de direitos, mas tão somente como objeto de proteção, de modo que a LPI fora concebida com apoio nesta base. Nesta ordem de ideias, não era de causar espanto que a LPI não contasse com qualquer previsão no sentido do respeito pelas opiniões da criança ou do jovem. Pelo contrário. A LPI concedia aos progenitores amplos poderes, como, por exemplo, a prerrogativa de requerer a internação dos filhos porventura classificados como indisciplinados, o que abria espaço para inúmeros abusos<sup>118</sup>. Embora a LPI tenha sido alterada no ano de 1925 pelo Decreto n.º 10.767, de 15 de maio<sup>119</sup>, a arquitetura do sistema protetivo só foi realmente modificada em 1962, com a entrada em vigor da Organização Tutelar de Menores (OTM).

Com a entrada em vigor da Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 44.288, de 20 de abril de 1962, deu-se início ao que podemos chamar de segundo período da proteção da infância e da juventude, em Portugal. A exemplo da LPI, a OTM ostentava caráter paternalista, em um contexto em que o juiz de menores continuava a atuar como um “verdadeiro pai de família”<sup>120</sup>. Para além da intromissão excessiva do Estado na vida do menor

---

<sup>117</sup> O preâmbulo da LPI já deixava clara uma das suas finalidades, ao estabelecer: “O presente decreto encerra, nas suas linhas gerais e no seu espírito de justiça, o triplo fim de proteger a fraqueza inerme, de preparar e temperar caracteres, de procurar fomentar energias”.

<sup>118</sup> Art. 71º da LPI: “É estabelecido que os pais ou tutor podem requerer o internato dos seus filhos ou pupilos incorrigíveis em uma casa de correcção, só por prazos de seis meses completos, durante os quais lhes é vedado pedirem que os mesmos lhes sejam entregues”.

<sup>119</sup> Uma das melhorias introduzidas pelo Decreto n.º 10.767/1925 foi a expansão das Tutorias da Infância pelas comarcas do país, até então restritas às comarcas de Lisboa e do Porto, únicas com jurisdição privativa, à época. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/219821>>. Acesso em 23 mai. 2019.

<sup>120</sup> Neste sentido, o art. 2.º da LPI dispõe: “A Tutoria da Infância é um tribunal colectivo especial, essencialmente de equidade, que se destina a guardar, defender e proteger os menores em perigo moral, desamparados ou

e de sua família, com claras restrições a diversos de seus direitos fundamentais, a nova legislação tratava os menores considerados delinquentes como vítimas, o que contribuía para a “criminalização e estigmatização da pobreza”<sup>121</sup>. A OTM impunha um sistema que visava ao saneamento das situações de pobreza e de delinquência juvenil. Para manter a coerência com esta ideologia da vitimização da delinquência, a OTM acabou com as categorias de menores outrora preconizada pela LPI, equiparando, para fins legais, os menores em perigo e os menores delinquentes, de modo que passaram a ser aplicadas medidas, indistintamente, a estes dois grupos. Houve a introdução de dois modelos processuais, quais sejam, o penal-tutelar e o tutelar cível. Assim sendo, a OTM era regida por valores baseados em uma função estatal tripartida: “proteger, assistir e educar qualquer menor-problema”<sup>122</sup>. Para além disto, a OTM atribuía ao Ministério Público a função de representar e zelar pelos interesses das crianças e jovens<sup>123</sup>.

Julgamos ser digno de nota o fato de que o segundo período da proteção da infância e da juventude, em Portugal, ditado pela égide da OTM, sofreu algumas alterações. A primeira alteração da OTM deu-se em 1967, com o Decreto-Lei n.º 47.727, de 23/05/1967, como uma tentativa de acompanhar algumas das novas disposições do Código Civil de 1966<sup>124</sup>, embora não tenha trazido alterações estruturais. Por sua vez, em 1978, acompanhando os acirrados debates acerca da legitimidade do modelo intervencionista do Estado, que contrastavam com os ditames da CRP de 1976, e seguindo uma tendência verificada a partir da segunda metade do século XX, qual seja, a de responsabilização da comunidade local em razão da crise nos Estados-Provedores<sup>125</sup>, foi realizada uma segunda alteração na OTM, por força do Decreto-Lei n.º 314/1978. Apesar de não ter atingido a base da OTM, esta alteração não foi despicienda, eis que acabou por se consubstanciar justamente em um dos seus aspectos mais positivos, qual seja, a introdução de formas de participação popular na administração da justiça<sup>126</sup>, como a

---

delinquentes, sob a divisa: «educação e trabalho». § único. Êste tribunal julga pela sua consciência como um bom pai de família, no amor pela verdade e justiça, e sempre no interesse dos menores”.

<sup>121</sup> Neste sentido, cf. João Pedroso, “Direito de Menores, um direito social?”, in Joana Marques Vidal (Coord.), **O Direito de Menores. Reforma ou Revolução?**, Lisboa: Edições Cosmos, 1998, p. 71.

<sup>122</sup> A expressão deve-se a Cláudia Sofia Antunes Martins. Neste sentido, cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à Entrada em vigor da L.P.C.J.P”, in **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º 22, Porto, 2012, p. 147.

<sup>123</sup> Assim, cf. João Luís Gonçalves, **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**, Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 94.

<sup>124</sup> DL n.º 47.344/66, de 25 de novembro.

<sup>125</sup> Sobre esta tendência constatada no final do século XX, cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, p. 140.

<sup>126</sup> Quanto a este aspecto, o preâmbulo do Decreto-Lei 314/1978 já deixava clara esta nova tendência, ao ressaltar particular cuidado destinado aos “centros de observação e acção social, como instituições oficiais não judiciais competentes” e, ao afirmar expressamente que se tratava do primeiro ensaio de um modelo de proteção de menores por via administrativa, como forma de evitar, em certos casos, o recurso aos Tribunais. A versão integral do texto

criação dos juízes sociais<sup>127</sup> e das “comissões de protecção de crianças e jovens”<sup>128</sup>, como alternativa à intervenção estatal e às soluções repressivas. A partir de então, houve outras alterações na OTM, embora desprovidas de carácter estrutural.

No que pertine à convivência familiar, a OTM pouco ou nada avançou com relação à LPI. Na medida em que ainda não encarava as crianças e os jovens como titulares de direitos e concentrava o poder nas mãos do juiz de menores, a OTM permitia a ingerência do Estado na vida dos então denominados menores e de suas famílias, ignorando diversos direitos fundamentais, como era o caso da convivência familiar. Nesta toada, nos anos que se seguiram à entrada em vigor da OTM, constatou-se que as mudanças promovidas pela OTM não foram suficientes para promover o posicionamento da criança como sujeito de direitos, nos moldes preconizados pela CRP e pela CDC, em 1976 e 1990, respectivamente, tampouco fora um instrumento adequado para solucionar o problema social da delinquência juvenil, trazendo, ao revés, algumas perplexidades, como o contraste entre uma pujante intervenção estatal e a consagração de um Estado Democrático de Direito.

Em razão da constatação destas incongruências no sistema adotado, no ano de 1996, fora designada uma comissão voltada à revisão do sistema da justiça infantojuvenil em Portugal. Nesta esteira, no ano de 1999, entraram em vigor duas leis que inauguraram o terceiro e atual período do regime jurídico da infância e da juventude, a saber, a lei n.º 147/1999 (LPCJP) e a lei n.º 166/1999 (LTE), ambas ainda em vigor. Estas duas leis trazem em seu bojo, respectivamente, um modelo de promoção e proteção da infância e um modelo de intervenção educativo<sup>129</sup>, traçando uma distinção entre as situações relativas às crianças e jovens em perigo

---

do Decreto-Lei n.º 314/1978; Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/327823/details/normal?\\_search\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_print\\_preview=print-preview](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/327823/details/normal?_search_WAR_drefrontofficeportlet_print_preview=print-preview)>. Acesso em 22 mai. 2019.

<sup>127</sup> O artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei 314/1978 instituiu os juízes sociais, ao dispor: “Nos casos previstos no n.º 1 do artigo 61.º, o tribunal é constituído pelo juiz de menores, que preside, e por dois juízes sociais”. Atualmente, o Decreto-Lei n.º 156/78, de 30 de junho, trata do regime de recrutamento e das funções dos juízes sociais.

<sup>128</sup> Os artigos 91.º a 93.º do Decreto-Lei 314/1978 disciplinavam as Comissões de Protecção. Sobre as Comissões de Protecção, Armando Gomes Leandro aduz: “(...) na arquitectura do sistema, a matéria da concepção das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens é aquela em que, mais expressa e impressivamente, se atribui um papel fundamental à comunidade (com o sentido de comunidade territorial local, na base do Município e suas Freguesias)”. Cf. Armando Leandro, “Direitos da criança e comunidade” in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 61.

<sup>129</sup> Neste sentido, cf. Alcina Costa Ribeiro, “Autonomia da criança no tempo de criança”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 22-23.



e às crianças e jovens autores de ilícitos penais. Para além disto, vieram a consolidar, em termos de legislação ordinária, uma gama de direitos fundamentais preconizados pela CDC e pela CRP, reconhecendo a criança como sujeito de direitos, de forma efetiva. Destarte, o processo-penal tutelar outrora existente durante a vigência da OTM cedeu espaço a dois modelos processuais distintos, o processo tutelar educativo (LTE) e o processo afeto a crianças e jovens em perigo (LPCJP), o que passou a viabilizar uma intervenção estatal de cunho mais individualizado.

Para compreender a sistemática deste terceiro período, é preciso lembrar que a reforma que desaguou nesta fase a que denominamos de “terceiro período” foi influenciada pelos ideais da CDC, de 1990, bem como pela Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, de 1996, que tencionava concretizar direitos e princípios já consolidados na CDC. A ideia central da reforma era a de finalmente atender aos preceitos da CDC, que há muito já havia posicionado crianças e jovens como titulares de diversos direitos fundamentais, tratando-os como verdadeiros atores sociais. Portanto, a LPCJP e a LTE foram imbuídas deste intuito. Para além disto, a LPCJP passou a privilegiar decisões construídas e negociadas, a cargo de entidades não judiciais, em detrimento de medidas impositivas, sempre com fulcro no princípio do superior interesse da criança. Para tanto, partiu-se do pressuposto de que deveria existir uma repartição de responsabilidades entre o Estado e a sociedade no que se refere à proteção e à promoção dos direitos das crianças e jovens. Isto não significava que o Poder Judiciário passaria a estar aliado deste sistema de proteção, mas tão somente que a intervenção judicial<sup>130</sup> apenas seria exercida quando da ineficácia das medidas precedentes. Para tanto, a LPCJP sistematizou “critérios para uma intervenção hierarquizada de terceiros na esfera privada de uma criança ou de um jovem”<sup>131</sup> e reforçou as atribuições das Comissões de Proteção.

Seguindo tal diretriz, em seu artigo 4º, a LPCJP enumera diversos princípios orientadores desta intervenção. Dentre tais princípios, destacamos o da subsidiariedade<sup>132</sup>, que determina uma intervenção sucessiva, vale dizer, em um primeiro momento, a intervenção será

<sup>130</sup> O artigo 11º da LPCJP elenca as hipóteses em que a intervenção judicial terá lugar.

<sup>131</sup> Esta expressão foi outrora sustentada por nós quando da apresentação do Relatório inédito da disciplina de Teoria do Direito, no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas, Especialidade em Direitos Fundamentais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Neste sentido, cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **A Evolução da legislação de proteção das crianças e adolescentes**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Teoria do Direito, Lisboa, 2018, p. 30.

<sup>132</sup> Assim dispõe e o artigo 4º, alínea “k” da LPCJP.

exercida por entidades com competência em matéria da infância e juventude<sup>133</sup>. Em um segundo momento, caso esta intervenção não seja profícua ou não seja possível<sup>134</sup>, estaria autorizada a intervenção a cargo das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens. Por fim, em caso de ausência de sucesso nesta segunda intervenção, os tribunais estariam autorizados a intervir, em última instância<sup>135</sup>. Por sua vez, a LPCJP acentuou o caráter excepcional das medidas de colocação fora do meio natural de vida e atenuou o poder excessivo outrora conferido aos tribunais, ao passar a elencar um rol taxativo<sup>136</sup> de todas as medidas que porventura poderão ser aplicadas quando tratamos da promoção e da proteção de crianças e jovens.

Atenta à tônica de que a promoção dos direitos e a proteção das crianças e jovens em perigo não é incumbência privativa do Estado<sup>137</sup>, a LPCJP consolidou a “terceira via de intervenção, através da partilha de responsabilidades entre o Estado e a sociedade”<sup>138</sup>, reforçando, para tal desiderato, as atribuições das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens. No que tange à convivência familiar, neste terceiro período, houve um significativo avanço em termos legislativos, já que a LPCJP consolidou expressamente a prevalência da família como um dos princípios norteadores da intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo<sup>139</sup>, assim como o interesse superior da criança<sup>140</sup> e o primado da continuidade das relações psicológicas profundas<sup>141</sup>. Assim, não é difícil constatar que o

---

<sup>133</sup> Como exemplo de tais entidades, podemos citar aquelas que, em razão da maior proximidade e contato com a realidade local, teriam capacidade de promover uma intervenção mais eficaz: instituições de ensino, unidades policiais, hospitais, centros distritais de segurança social, dentre outras. Ressalvamos apenas que as entidades locais só estão autorizadas pela lei a intervir em caso de acordo entre todos os intervenientes. Para além disto, estas entidades não têm competência para aplicar as medidas de proteção previstas na LPCJP, já que estas incumbem exclusivamente às comissões de proteção e aos tribunais (artigo 38º da LPCJP).

<sup>134</sup> Como exemplo de impossibilidade de intervenção por parte das entidades com competência em matéria de infância e juventude ou das Comissões de Proteção, citamos a medida de promoção e proteção prevista no artigo 35º, n.º 1, alínea “g”, qual seja, a medida de confiança à pessoa selecionada para adoção, à família de acolhimento ou à instituição com vista à adoção, que é de competência exclusiva dos tribunais (v. artigo 38º da LPCJP).

<sup>135</sup> Referimo-nos aos Tribunais de Família e Menores. Quanto às hipóteses em que a intervenção judicial está autorizada, v. artigo 11º da LPCJP.

<sup>136</sup> V. artigo 35º da LPCJP.

<sup>137</sup> Neste sentido, v. Rui do Carmo, “Contributo para a revitalização das Comissões (alargadas) de protecção de crianças e jovens”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 335.

<sup>138</sup> Neste mesmo sentido, cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **A Evolução da legislação de proteção das crianças e adolescentes**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Teoria do Direito, Lisboa, 2018, p. 31.

<sup>139</sup> Artigo 4º, alínea “h” da Lei n.º 147/99 (LPCJP).

<sup>140</sup> Artigo 4º, alínea “a” da Lei n.º 147/99 (LPCJP).

<sup>141</sup> Artigo 4º, alínea “g” da Lei n.º 147/99 (LPCJP). O princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas também consta do rol dos princípios orientadores da intervenção em matéria de adoção organizada pela Lei n.º 143/1999 (art. 3º, alínea “f”).

respeito a estes princípios trouxe desdobramentos que são materializados em diversas disposições desta lei<sup>142</sup>.

Após a publicação da LPCJP e da LTE, mais especificamente no ano de 2015, foram editadas outras leis mais recentes que integram o atual contexto do regime jurídico de proteção infantojuvenil, em Portugal, como a lei n.º 141/2015, que disciplina o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) e a lei n.º 143/2015, que estabelece as normas relativas ao Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA). Destarte, em linhas gerais, para além da Resolução da AR n.º 20/90, que ratifica a CDC, em Portugal, e para além da CRP de 1976, a estrutura do regime jurídico interno de proteção a crianças e jovens, atualmente, gira em torno da lei n.º 147/99 (LPCJP), da lei n.º 166/99 (LTE), da lei n.º 141/2015 (RGPTC) e também da lei n.º 143/2015 (RJPA). Em que pesem algumas deficiências pontuais em cada um destes diplomas legais, em linhas gerais, podemos afirmar que, atualmente, o regime jurídico da infância e da juventude, em Portugal, encontra-se em consonância com os ditames da CDC e da CRP, já que eventuais equívocos de interpretação do arcabouço normativo disponível em matéria de infância e juventude por parte de alguns operadores do Direito, que insistem em ignorar a evolução ora delineada e em manter em sua interpretação reminiscências das legislações anteriores, não podem ser imputáveis ao legislador.

### **1.3 A evolução do regime jurídico da infância e da juventude no Brasil**

No contexto brasileiro, elegemos como termo inicial da análise da evolução do regime jurídico da infância e da juventude o ano de 1927, pelo fato de que foi neste ano que foi elaborado o primeiro diploma legal voltado exclusivamente para tratar dos interesses da população infantojuvenil, qual seja, o Decreto n.º 17.943-A, de 12/10/1927, também denominado Código de Menores<sup>143</sup>. Além do mérito de ter lançado, pela primeira vez, um olhar exclusivo para esta parcela da população e de ter sistematizado as normas que até então estavam dispersas em diplomas legais diversos, este Código não foi muito além, mormente se pensarmos nas crianças e adolescentes como titulares de direitos. Para além disto, o Código de Menores

---

<sup>142</sup> Como desdobramentos do princípio da prevalência da família, podemos citar a prevalência das medidas em meio natural de vida, em detrimento das medidas em regime de colocação, como a medida de acolhimento residencial. Tanto assim é que a medida de confiança à pessoa selecionada para a adoção, à família de acolhimento ou à instituição com vista à adoção só pode ser aplicada pelos tribunais (artigo 38º da LPCJP).

<sup>143</sup> O Decreto n.º 17.943-A, de 12/10/1927 (primeiro Código de Menores brasileiro) também era conhecido por “Código Mello Mattos”, em homenagem ao jurista que foi o autor do projeto, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro juiz de Menores do Brasil.

inaugurou a “doutrina da situação irregular”, que abrangia um “sistema inquisitorial”, com a adoção de medidas que revelavam uma cultura punitiva, ainda que com uma roupagem de proteção<sup>144</sup>.

A exemplo do que ocorria alhures com a LPI, o Código de Menores também ostentava uma feição extremamente assistencialista e tinha o foco voltado para uma parte da população que despertava uma sensação de incômodo na sociedade como um todo, vale dizer, os menores indesejados<sup>145</sup>. Quanto a este aspecto, é importante lembrar que foi o Código de Menores que introduziu a expressão “menores”<sup>146</sup>, impregnada de uma conotação depreciativa e estigmatizante<sup>147</sup>, como um subterfúgio para alijá-los das demais pessoas. Portanto, a tônica da doutrina da situação irregular era a de segregar os menores que não se encaixavam nos ditames de normalidade da época. A toda evidência, de acordo com a ideologia dominante quando da sua criação, o Código de Menores ainda não concebia a criança como sujeito de direitos, mas sim como “objeto de intervenção do mundo adulto”<sup>148</sup>. Ademais, havia um consenso, ainda que velado, no sentido de que a delinquência juvenil estava intimamente relacionada à pobreza, motivo pelo qual se operou o fenômeno da estigmatização da infância pobre<sup>149</sup>, alimentado pela crença de que menores pobres e abandonados traziam consigo uma carga de periculosidade latente. Nos dias atuais, não há como deixarmos de tecer uma visão crítica acerca do modelo outrora adotado pela legislação menorista brasileira, na medida em que é fácil constatar que o processo de alijamento destes menores indesejados do convívio com a sociedade revelava-se muito mais simples e célere para o Estado do que o investimento em políticas públicas voltadas à real educação, formação, inserção e consequente subsistência desta parcela da população,

<sup>144</sup> Neste sentido, cf. Helen Crystine Corrêa Sanches/ Josiane Rose Petry Veronese, “A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar” in Josiane Rose Petry Veronese (org.), **Direito da Criança e do Adolescente**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 136.

<sup>145</sup> Encaixavam-se nesta categoria não só aqueles menores que praticavam ilícitos penais, mas também pedintes, vadios e aqueles que se encontravam em companhia “de gente viciosa ou de má vida”. V. incisos do artigo 26 do Código de Menores (Decreto n.º 17.943-A, de 12/10/1927).

<sup>146</sup> Como teremos a oportunidade de ver mais adiante, a expressão “menores” foi consolidada com o Código de Menores de 1979 e foi utilizada até o advento da lei n.º 8069/90 (ECA), quando, em boa hora, foi substituída pela expressão “crianças e adolescentes”. Neste sentido, v. artigo 2º do ECA.

<sup>147</sup> Sobre o estigma da expressão, v. Andrea Rodrigues Amin, “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006, p. 7.

<sup>148</sup> A expressão deve-se a Helen Crystine Corrêa Sanches e Josiane Rose Petry Veronese. Cf. Helen Crystine Corrêa Sanches/ Josiane Rose Petry Veronese, “A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar” in Josiane Rose Petry Veronese (org.), **Direito da Criança e do Adolescente**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 138.

<sup>149</sup> Cf. Alvarenga Netto, **Código de Menores, Doutrina. Legislação. Jurisprudência**. 2ª ed., São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, pp. 73-80.

ainda que tal opção estatal tenha acarretado deletérias consequências sociais nas décadas seguintes.

O Código de Menores de 1927 introduziu categorias de menores, com medidas correspondentes a serem aplicadas a cada uma delas. Nesta esteira, os menores eram divididos nas seguintes categorias: crianças de primeira idade (cuja definição era prevista nos artigos 2º a 13), infantes expostos (artigos 14 a 25), menores abandonados (artigos 26 a 30) e menores delinquentes (artigos 68 a 91). Frisamos que, mesmo na categoria dos menores delinquentes, a lei surpreendia no que se refere à vagueza de conceitos, já que nesta categoria também eram enquadrados os menores com mais de dezoito e menos de 21 anos que fossem vadios, mendigos e capoeiras, a quem deveria ser aplicada uma medida de recolhimento à Colônia Correicional<sup>150</sup>. No que se refere à imputabilidade penal, o artigo 68 do Decreto estabelecia que “o menor de quatorze anos autor ou cúmplice de fato qualificado como crime ou contravenção não seria submetido a processo penal de espécie alguma”, ao passo que o artigo 69 do mesmo diploma legal pregava que o menor de dezoito anos e maior de quatorze seria submetido a processo especial.

No que toca à convivência familiar, não havia esboço de uma preocupação estatal com a preservação dos vínculos familiares, tampouco com a concretização de políticas públicas voltadas para a educação das crianças e para o apoio às suas famílias. Pelo contrário. Diante da mínima hipótese de falha imputada à família no tocante à educação do então menor, manifestada por algumas condutas consideradas inadequadas, para além de responsabilizar os genitores, na forma prevista na legislação, o Estado simplesmente passava a assumir a autoridade sobre aquele menor, o que envolvia a separação de sua família e a inserção em estabelecimentos supostamente educativos. Como exemplo desta mecânica, podemos citar o dispositivo legal que autorizava o juiz a deixar de aplicar uma medida de suspensão do então denominado pátrio poder se os progenitores se comprometessem a internar o (s) filho (s) em estabelecimento de educação<sup>151</sup>. Este era um nítido exemplo de como se buscava uma forma de “saneamento social” através de uma suposta política de recuperação do menor, plasmando-o de acordo com a noção do comportamento considerado mais adequado pelo Estado, ainda que esta suposta recuperação viesse acompanhada de restrições a vários de seus direitos fundamentais, dentre as quais, o alijamento da família e a institucionalização.

---

<sup>150</sup> Artigo 78 do Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

<sup>151</sup> V. artigo 36 do Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

Neste seguimento, nos últimos anos do período da ditadura militar brasileira, mais especificamente, em 1979, houve a edição de um novo Código de Menores moldado pela lei n.º 6.697/1979. Esta nova legislação nada mais fez do que reforçar a doutrina da situação irregular, com a manutenção da cultura da internação para os denominados delinquentes, indistintamente, “protegendo a sociedade dos crimes praticados por crianças e adolescentes”<sup>152</sup>, através de uma tônica de segregação, sem, todavia, proporcionar qualquer sistematização de direitos fundamentais direcionados à infância e à juventude. Basta lembrarmos que, quando da edição deste Código, a Constituição que estava em vigor no Brasil era a de 1967, que ainda não trazia em seu bojo a vasta consagração de direitos fundamentais da CRFB de 1988. As crianças e os adolescentes cujo padrão de conduta não fosse enquadrado como regular ou cujo estrato social não fosse considerado privilegiado estavam sujeitos às regras deste Código. Neste sentido, este diploma legal fincava-se na tríade “assistência, proteção e vigilância de menores”<sup>153</sup>. Para atingir o seu intuito, o artigo 2º da lei n.º 6.697/1979 identificava o seu objeto, qual seja, a infância e a juventude em situação irregular: os menores privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde ou instrução obrigatória, ainda que eventualmente, os menores em perigo moral, os menores privados de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável, os menores com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e os menores autores de infração penal. Basta olharmos para o rol deste artigo 2º para percebermos que a lei previa um mesmo tipo de tratamento jurídico a menores que vivenciavam situações completamente distintas, o que indicava a falta de um olhar personalizado na direção do objeto da lei. Em outras palavras, só havia interesse na infância quando ela ingressava no reduto do Direito Penal. E não era apenas isto. A lei estava impregnada de diversas expressões vazias e abstratas<sup>154</sup>, na medida em que não havia indicação de seu respectivo conteúdo, o que, de certo modo, conferia uma “carta branca” ao juiz de menores, permitindo-o enquadrar menores que experimentavam situações de vida diversas em uma mesma categoria, privilegiando a escolha prévia da medida que julgava adequada.

Do mesmo modo que o Código anterior, a lei n.º 6.697/79 também desprezava a temática da convivência familiar. Apesar de a lei fazer menção aos institutos da guarda, da

---

<sup>152</sup> Cf. Paulo Afonso Garrido de Paula, “Criança e dignidade da pessoa humana”, in Jorge Miranda/ Marco Antônio Marques da Silva (org.), **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1005.

<sup>153</sup> O artigo 1º da lei n.º 6.697/79 estabelecia: “Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores: I- até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular; II- entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei”.

<sup>154</sup> Dentre estas expressões vagas, podemos citar: “menores com desvio de conduta em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária”, prevista no artigo 2º da lei n.º 6.697/79.

tutela e da adoção, nada previa acerca de um direito à convivência familiar propriamente dito, tampouco acerca da prevalência da família no contexto menorista. Para além disto, a arquitetura do Código de Menores dava espaço ao então juiz de menores para editar portarias<sup>155</sup> de caráter genérico, o que, na prática, conferia um poder muito maior ao juiz do que às próprias famílias para equacionar a maneira de educar os filhos, ou seja, através da concessão de um poder quase ilimitado ao juiz de menores para a gestão da vida familiar, a lei acabava por infantilizar as famílias, através de uma falsa noção de que estas eram incapazes de educar os próprios filhos. Como se não bastasse, a permissão da edição deste tipo de portaria por parte do juiz de menores era equivalente a uma usurpação indevida da função legislativa. Naquela altura, em algumas comarcas, era comum a edição de portarias pelos magistrados com determinações de “toque de recolher” em um determinado horário, proibição de frequentar alguns locais, dentre outras determinações<sup>156</sup>. Por tudo o que expusemos sobre ambos os Códigos de Menores, a conclusão a que chegamos é no sentido de que, à exceção da sistematização das normas voltadas à população infanto-juvenil em um só diploma legal, seguindo a tendência verificada alhures<sup>157</sup>,

---

<sup>155</sup> Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, as portarias consubstanciam-se em espécie do gênero atos administrativos, levando em consideração a sua forma de exteriorização. De acordo com a lição do autor, estas espécies de atos administrativos servem “para que a Administração organize sua atividade e seus órgãos, e, por essa razão, são denominados por alguns autores de ordinatórios”, figurando como “instrumentos de organização da Administração”. Todavia, o próprio autor reconhece que, “apesar de auxiliarem a Administração a definir melhor sua organização interna, a verdade é que, na prática, encontramos muitos deles ostentando caráter normativo, fato que provoca a imposição de regras gerais e abstratas”. Cf. José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 31ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 142. É exatamente quanto a este aspecto que reside a crítica que ora tecemos quanto à edição de portarias que impõem “toque de recolher” pelo juiz da Infância e da Juventude, então denominado juiz de menores, à época da lei n.º 6.697/79. A toda evidência, atualmente, com a consagração da CRFB de 1988 e do ECA, não resta dúvida de que este tipo de portaria não encontra qualquer respaldo no ordenamento jurídico vigente. Todavia, mesmo à época da lei n.º 6.697/79, portarias com este teor já iam de encontro à própria natureza do ato administrativo. Ora, se o conteúdo da portaria é uma determinação de “toque de recolher” a crianças e adolescentes, sobrepondo-se, pois, à vontade dos próprios genitores, há extrapolação da função deste tipo de ato administrativo, já que se trata de uma determinação de caráter geral, que nada tem a ver com a organização interna da Administração Pública. Atualmente, o artigo 149 do ECA enumera um rol taxativo das matérias que podem ser disciplinadas através de portarias pelo juiz da Infância e da Juventude, vedando-se determinações de caráter geral.

<sup>156</sup> No sentido da ilegalidade na edição deste tipo de portaria na atualidade, por confronto direto com os ditames do ECA e da CRFB/88, já se manifestou o STJ brasileiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 26 mai. 2019.

<sup>157</sup> A partir do início do século XX, diversos países começaram a sentir a necessidade de criação de um regime jurídico, assim como de um sistema de justiça específico para a infância e juventude, de forma a viabilizar um tratamento mais humano e individualizado das questões afetas à matéria. Inicialmente, tal iniciativa deu-se fora do contexto europeu, nos Estados Unidos da América, local que foi palco para a criação do primeiro sistema legal especializado em infância e juventude, bem como para a criação do primeiro tribunal privativo e especializado nesta seara, em 1899, na cidade de Chicago, Estado de Illinois. Paulatinamente, este tipo de sistema começou a ser irradiado para diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo na América e na Europa. No cenário europeu, o primeiro tribunal de competência especializada em Infância e Juventude foi criado no ano de 1905, em Birmingham, na Inglaterra. A partir de então, a Alemanha criou o primeiro Tribunal nestes moldes, em 1907, seguida pela Hungria, em 1908, pela Rússia, em 1910, por Portugal, em 1911, pela Bélgica e pela França, em 1912 e pela Espanha, em 1918. Cf. Cláudia Sofia Antunes Martins, “As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História”, in **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, tomo LXVI, n.º 343, Braga, 2017, p. 134.

estes Códigos não introduziram no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de garantias de direitos para as crianças e os adolescentes.

Em 1988, houve a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que representou o topo de um lento processo de transição de um regime militar para a democracia. A CRFB também é conhecida como “Constituição Cidadã”, na medida em que fora concebida em um contexto de redemocratização, trazendo em sua essência a ideologia de regular intensamente as relações sociais, tornando as pretensões dos cidadãos mais acessíveis. Na esteira da CDC, para além de consagrar expressamente um vasto rol de direitos fundamentais, o legislador constituinte fez questão de enumerar diversos direitos fundamentais afetos às crianças e aos adolescentes<sup>158</sup>, reforçando toda aquela gama de direitos já assegurada às demais pessoas e instaurando a doutrina da proteção integral, em substituição à vetusta doutrina da situação irregular. A tônica da doutrina da proteção integral está relacionada a “atribuir a todas as crianças e os adolescentes indistintamente e em qualquer situação jurídica, a condição de sujeitos de direitos, sendo-lhes garantidos todos aqueles necessários ao seu pleno desenvolvimento”<sup>159</sup>. A partir de então, a maneira de entender e de encaminhar as questões afetas à infância e à juventude começou a trilhar um caminho diametralmente oposto àquele que vinha sendo experimentado no dealbar do século XX.

No ano de 1990, em sintonia com as normas da CDC e da CRFB, houve a publicação da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, daqui em diante), que inaugurou um microssistema inarredável em matéria de Infância e de Juventude. Em que pesem algumas alterações<sup>160</sup>, o ECA continua em vigor até os dias atuais e, além de ser um marco indelével para a infância e a juventude, é um diploma legal abrangente neste tocante, ostentando diversos méritos. Ao consolidar a doutrina da proteção integral assente na CRFB, o ECA extirpou qualquer resquício do caráter assistencialista, estigmatizante e repressor outrora presente na doutrina da situação irregular, fulminando a expressão pejorativa “menor”, ao dar lugar à expressão “crianças e adolescentes”. O ECA teve também o mérito de reproduzir em um patamar legal diversos direitos fundamentais já titularizados por crianças e adolescentes

---

<sup>158</sup> V. artigo 227, *caput*, da CRFB/1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010.

<sup>159</sup> Assim, cf. Helen Crystine Corrêa Sanches/ Josiane Rose Petry Veronese, “A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar” in Josiane Rose Petry Veronese (org.), **Direito da Criança e do Adolescente**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 136.

<sup>160</sup> Dentre as principais leis que modificaram o ECA, podemos citar as seguintes: lei n.º 12.010/12, lei n.º 13.257/16 e a lei n.º 13.509/17.



através de previsão constitucional<sup>161</sup>, de forma a concretizá-los e a afastar qualquer dúvida acerca da aplicação destes a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. Assim sendo, esta parcela da população passou a estar legitimada a buscar a tutela de tais interesses em juízo, em seu próprio nome. E a busca pela efetivação destes direitos fundamentais não parou por aí, já que o ECA instrumentalizou estes direitos, seja através do estabelecimento de uma política de atendimento, com a designação das entidades responsáveis, seja através da previsão de órgãos legitimados a zelar pelos interesses da infância e da juventude, seja através da esquematização do sistema da Justiça da Infância e da Juventude. Para além disto, para a concretização dos direitos fundamentais, o ECA prevê regras e garantias processuais, assim como tipifica diversas condutas como crimes e infrações administrativas praticados em desfavor da população infantojuvenil. Fincado em uma perspectiva muito mais preventiva do que repressiva, o ECA disciplina tanto a situação de crianças e adolescentes em situação de risco, com a consequente previsão de um rol de medidas protetivas, como a situação de adolescentes em conflito com a lei, com a consequente previsão de um rol de medidas socioeducativas. O ECA também inaugura uma principiologia própria, ao enumerar diversos princípios que devem reger a aplicação das medidas previstas neste diploma legal. Por fim, no que pertine à convivência familiar, o ECA afastou qualquer dúvida acerca da extrema importância deste direito fundamental, ao reservar um capítulo próprio<sup>162</sup> para a sua disciplina, tratando, ainda, da colocação em família substituta por intermédio dos institutos da guarda, da tutela e da adoção.

## **2. A CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO INFANTOJUVENIL**

Neste capítulo, procuraremos estabelecer uma relação de interdependência entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (em especial aqueles relativos à população infantojuvenil), notadamente o direito ao desenvolvimento da personalidade<sup>163</sup> e o direito à convivência familiar. Para atingir tal desiderato, partiremos de

---

<sup>161</sup> Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes previstos no artigo 227, *caput*, da CRFB estão expressos de forma mais pormenorizada no Título II do ECA (artigos 7º a 69), inclusive com a enumeração dos deveres correspondentes por parte da família, do Estado e da sociedade.

<sup>162</sup> Capítulo III do Título II (artigos 19 a 52-D) do ECA.

<sup>163</sup> Sobre esta relação por nós abordada, José Melo Alexandrino assinala a presença de pelo menos três grandes entidades em cada uma das esferas dos direitos das crianças, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a autonomia e o desenvolvimento da personalidade. Cf. José Melo Alexandrino, **O Discurso dos Direitos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 152.

uma breve análise do conteúdo e da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, sob o prisma que nos interessa neste trabalho, para, a seguir, analisarmos a relação desta dignidade com os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Mais adiante, analisaremos a modificação da percepção do conteúdo da família para o Direito e o impacto da ausência de convivência familiar para o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes. Esclarecemos, desde já, que não teremos a pretensão de abordar e explorar todas as especificidades do princípio da dignidade da pessoa humana, o que, por si só, já comportaria uma obra inteira, bem como que, para fins de desenvolvimento deste trabalho, a perspectiva da dignidade que nos interessa é aquela que a posiciona como norma-princípio de estatura constitucional, em ambos os ordenamentos jurídicos citados<sup>164</sup>. Do mesmo modo, abordaremos apenas alguns aspectos da relação entre família e desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, valendo-nos de uma abordagem interdisciplinar, com esboço em alguns contributos fornecidos pela Psicologia, pela Psiquiatria e pela Psicanálise<sup>165</sup>.

## 2.1. Premissas básicas acerca do conteúdo e da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana<sup>166</sup> para fins do objeto deste trabalho

<sup>164</sup> A análise da dignidade da pessoa humana neste trabalho cingir-se-á à sua vertente de princípio constitucional estruturante e fundamental, nas Constituições das Repúblicas de Portugal e do Brasil (Artigo 1º da CRP de 1976 e artigo 1º, inciso III da CRFB de 1988, respectivamente).

<sup>165</sup> Em um trabalho que tem, dentre os seus objetivos, o de enumerar algumas contribuições da Psicanálise para o Direito de Família, Giselle Câmara Groeninga aduz que “a interdisciplina representa uma verdadeira democracia nas ciências, em que se atribui igual valor ao conhecimento trazido pelas várias óticas com as quais podemos enxergar o ser humano (...) A interdisciplina restitui a integralidade e integridade ao conhecimento do humano e implica uma compreensão ativa e em uma atitude ético-científica que transcende a especialização sem, no entanto, retirar desta o seu valor e contribuição”. Sobre a Psicanálise, a autora afirma: “A Psicanálise define-se como um método de investigação dos fenômenos mentais e do ser humano em suas interações, bem como na formulação de teorias compreensivas e de abordagem e tratamento de tais fenômenos. Ela brindou-nos com uma possibilidade de conhecimento do ser humano jamais antes alcançada”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 309-311.

<sup>166</sup> Com relação à diferença de terminologia (dignidade humana e dignidade da pessoa humana), esclarecemos que, muito embora consideremos as expressões equivalentes, optamos por fazer menção ao termo dignidade da pessoa humana e não apenas à dignidade humana por ter sido a nomenclatura adotada pelo legislador constituinte na CRP e na CRFB. O presente esclarecimento está relacionado ao fato de que, embora tais expressões sejam utilizadas como equivalentes no âmbito deste trabalho, alguns doutrinadores estabelecem uma distinção entre elas, notadamente no que se refere à “controvérsia acerca da natureza jurídica da proteção da dignidade antes do nascimento e depois da morte”. Neste sentido, cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, vol. I (Reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 19. A seu turno, Ingo Sarlet defende a inadequação da confusão entre as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana, ao argumento de que esta última estaria ligada à humanidade abstratamente considerada. Neste sentido, o autor destaca: “(...) importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato. Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade). Verifica-se, neste contexto, que o Constituinte de 87/88 acolheu esta distinção, consagrando o princípio da dignidade da pessoa

Se, por um lado, a dignidade da pessoa humana é “um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”<sup>167</sup> e ocupa o “cume na principal escala de valores da sociedade”<sup>168</sup>, por outro lado, juridicamente, trata-se de tarefa árdua conceituá-la, em razão das inúmeras *nuances* que pode assumir. Tal se deve, em grande parte, pelo fato de estarmos diante de um “valor fundamental convertido em um princípio jurídico”<sup>169</sup> com *status* constitucional cujo conteúdo normativo é indeterminado e permeado de subjetivismo. É inegável que os valores positivados em uma Constituição imbricada com o modelo de Estado Democrático de Direito têm o seu ponto de partida na dignidade humana<sup>170</sup>. Por sua vez, esta é normalmente atrelada à ideia de um valor que confere finalidade e sentido à existência humana. Contudo, é *mister* reconhecer também que a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um “espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade”<sup>171</sup>, podendo assumir diferentes contornos, de acordo com o contexto histórico ou cultural em que for invocada. Ao adotarmos esta linha de raciocínio, chegaremos à conclusão de que a concepção atual da dignidade humana é fruto de transformações nem sempre pacíficas ocorridas ao longo do tempo, sendo certo que o liame entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana só surgiu mais claramente a partir dos grandes documentos internacionais e com as Constituições que se seguiram à Segunda Guerra Mundial<sup>172</sup>.

---

humana (e não da dignidade humana) entre os princípios fundamentais de nossa Carta”. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 103. Já na esteira da utilização por nós adotada, Paulo Otero defende a inexistência de distinção conceitual entre “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”, ao argumento de que, ontologicamente, há identificação entre pessoa humana e ser humano. No sentido da inadequação de uma concepção transpersonalista ou restrita da dignidade da pessoa humana, o autor ainda argumenta: “A dignidade humana é a dignidade do ser humano: de todo e qualquer ser humano individual e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase da sua existência, isto independentemente de ser titular de direitos ou encontrar-se adstrito a obrigações”. Cf. Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. I, Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 545-550.

<sup>167</sup> A expressão é da lavra de Luís Roberto Barroso. Neste sentido, cf. Luís Roberto Barroso, “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação de seu conteúdo”, in Fernando Alves Correia/ Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro (org.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 126.

<sup>168</sup> Cf. Paulo Afonso Garrido de Paula, “Criança e dignidade da pessoa humana”, in Jorge Miranda/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 990.

<sup>169</sup> Com este entendimento, cf. Luís Roberto Barroso, “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação de seu conteúdo”, in Fernando Alves Correia/ Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro (org.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 131.

<sup>170</sup> Com este entendimento, cf. Lenio Luiz Streck/ Luciano Feldens, **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 35.

<sup>171</sup> Cf. Luís Roberto Barroso, “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação de seu conteúdo”, in Fernando Alves Correia/ Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro (org.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 126.

<sup>172</sup> Cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 239.

Todavia, diante da necessidade de se delimitar ao menos um conteúdo para o ponto de partida da nossa temática, em termos simplificados e sem a pretensão de encontrar um conceito que abarque toda a riqueza e todos os desdobramentos deste importante princípio, podemos dizer que a dignidade da qual a CRP e a CRFB tratam é a dignidade de toda e qualquer pessoa individualmente considerada pelo simples fato de ser humana<sup>173</sup>, levando em conta o seu caráter único e peculiar. Portanto, a dignidade da qual trataremos envolve a concepção de que todas as pessoas, exatamente em razão da sua humanidade, “têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”<sup>174</sup>, não se prestando a servir aparelhos político-organizatórios<sup>175</sup> ou a interesses de terceiros.

A natureza jurídica da dignidade da pessoa humana que nos interessa para fins deste trabalho é a de princípio constitucional. Para além de serem Estados Democráticos de Direito que prezam pelos direitos fundamentais, Portugal e Brasil têm em comum a particularidade de terem posicionado a dignidade da pessoa humana no topo de toda a sua estrutura normativa. Isto equivale a dizer que os legisladores constituintes de ambos os países optaram por conferir à dignidade da pessoa humana um *status* de supremacia, ao posicioná-la como princípio estruturante e fundamental de ambas as Repúblicas, no artigo 1º da CRP e artigo 1º, inciso III da CRFB. Desta forma, em ambas as Constituições ora abordadas, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio no qual se funda a República e não como um direito fundamental propriamente dito, o que, por si só, já atribui a este princípio uma solidez indiscutível<sup>176</sup>. Como consequência deste *status* supremo, podemos afirmar que os Estados que adotam o princípio da dignidade da pessoa humana como sua base estruturante estão obrigados não só a respeitá-lo, mas também a adotá-lo como norte para toda a sua atividade estatal, através da adequação de todo o seu ordenamento jurídico neste sentido, da vinculação de toda a ação estatal<sup>177</sup> e da criação de condições efetivas para fazer com que a dignidade esteja presente na vida de cada um dos seus cidadãos.

---

<sup>173</sup> Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2015, p. 37.

<sup>174</sup> V. Daniel Sarmiento, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, 2ª Edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 28.

<sup>175</sup> V. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 225.

<sup>176</sup> Ao defender a firmeza incontestável da dignidade da pessoa humana, Jorge Reis Novais aduz: “Considerar a dignidade um direito fundamental significa, afinal, reconhecê-la, à partida, como valor limitável, sujeito à ponderação, à cedência, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2015, p. 92.

<sup>177</sup> Cf. *ibidem*, p. 53.

Basta prestarmos atenção no extenso rol de direitos fundamentais de ambas as Constituições para perceber que, ao menos nos ordenamentos jurídicos ora abordados, a dignidade humana não ostenta a natureza jurídica de um direito fundamental autônomo, individualmente considerado, mas sim de princípio fundamental<sup>178</sup>. Contudo, não há como deixar de reconhecer a íntima relação entre este princípio de índole constitucional e os direitos fundamentais. Para fins de desenvolvimento do tema deste trabalho, adotaremos a concepção no sentido de que a dignidade da pessoa humana é o fundamento<sup>179</sup> dos direitos materialmente fundamentais, estando necessariamente atrelada a estes<sup>180</sup> como se fosse um “metaprincípio inseparável dos direitos fundamentais”<sup>181</sup>, sendo que estes, por sua maior densidade, têm o condão de concretizá-lo, em razão da impossibilidade de se prever com exatidão as inúmeras

<sup>178</sup> Neste sentido, Ingo Sarlet aduz que o enquadramento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental é o que se coaduna com a doutrina luso-brasileira predominante, posição esta que encontra, ainda, amparo na doutrina espanhola. Com este entendimento, por todos, cf. Ingo Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 106.

<sup>179</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais aduz que: “A dignidade da pessoa humana é geralmente reconhecida, e de forma relativamente pacífica, como fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (...) É porque se reconhece a todas as pessoas uma igual dignidade e porque, no relacionamento com os poderes públicos, a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado, que as Constituições consagram um elenco de direitos fundamentais destinados a assegurar juridicamente a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo potencialmente, para prosseguir adequadamente esses fins, os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade e os direitos fundamentais sociais)”. Todavia, concordamos com o autor, quando admite que os direitos fundamentais apresentam graus diferentes de aproximação com a dignidade da pessoa humana, no que se refere às faculdades e garantias que integram cada um deles. Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I (Reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 73. Também no sentido da defesa da concepção da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos materialmente fundamentais e não como direito fundamental autônomo, cf. Daniel Sarmento, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, pp. 88-89. Ressalvamos que, embora encontre respaldo em grande parte da doutrina luso-brasileira, esta concepção não é unânime, eis que, no que diz respeito à relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, parte da doutrina posiciona-se no sentido de que a dignidade seria um direito fundamental propriamente dito. Esta orientação é adotada pela jurisprudência alemã e sul-africana. Sobre esta última orientação, cf. Daniel Sarmento, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 88, nota n.º 65. Com o devido respeito a esta última orientação doutrinária citada, não podemos deixar de salientar que esta não parece refletir a intenção do legislador-constituente de ambas as Constituições de reservar à dignidade da pessoa humana uma posição de destaque quando comparada aos direitos fundamentais do catálogo ou aos direitos fundamentais dispersos.

<sup>180</sup> Sobre a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, v. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 110-111. O autor leciona: “Há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são- em certo sentido-mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistirá razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana (...)”. Entretanto, o autor pontua que tal entendimento não é unânime na doutrina. Para tanto, destaca o posicionamento de José Melo Alexandrino, que, com razões adicionais, manifesta ceticismo no que tange à afirmação corriqueira no sentido de que todos os direitos fundamentais encontram fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Cf. *idem*, *ibidem*, p. 107.

<sup>181</sup> A expressão é adotada por Jorge Miranda, **Direitos Fundamentais**, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 76.

possibilidades fáticas de lesão ao princípio em questão<sup>182</sup>. Lançadas tais bases, mas sem a pretensão de adotar um conceito estanque para um princípio com tanta riqueza de *nuances*, apenas para fins de reflexão, terminamos este tópico com uma definição da lavra de José Melo Alexandrino, para quem a dignidade da pessoa humana seria “a referência da representação do valor do ser humano”<sup>183</sup>.

## 2.2. Breves notas sobre a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes

A partir do momento em que tomamos os direitos fundamentais como expressões de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, chegamos à conclusão lógica de que os direitos fundamentais afetos a crianças e adolescentes, ainda que em diferentes graus, encontram fundamento neste princípio. Como expusemos no capítulo I, a evolução do regime jurídico das crianças e dos adolescentes culminou com o reconhecimento destes como sujeitos de direitos. A toda evidência, as crianças e os adolescentes, como todas as pessoas, são titulares de direitos fundamentais<sup>184</sup>. Em sua condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento, são titulares de todos os direitos fundamentais conquistados pela pessoa humana<sup>185</sup>. Ocorre que, em razão desta condição específica de pessoas ainda em expansão, as Constituições abordadas neste trabalho optaram por reforçar a sua proteção, conferindo uma densidade ainda maior a alguns direitos fundamentais, quando se trata de assegurá-los à população infantojuvenil. Não se trata, pois, de um estabelecimento de privilégios direcionados a crianças e adolescentes, em detrimento das demais pessoas, mas sim de diferenciações

<sup>182</sup> Neste mesmo sentido, Ingo Sarlet argumenta que “os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Op.cit.*, p. 106. Contudo, o próprio autor pontua que os direitos fundamentais consubstanciam-se em explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana em diferentes graus, argumentando, ainda, que “o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais (...)”. Cf., *ibidem*, p. 112.

<sup>183</sup> Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 296.

<sup>184</sup> Como pontua José Melo Alexandrino, “a regra geral básica de partida é a de que o menor é titular de todos os direitos (salvo aqueles cuja fruição ou exercício seja comprovadamente incompatível com a sua situação)”. Adverte ainda o autor que, apesar de a criança gozar de “todos os direitos de todas as esferas”, os seus direitos estão limitados diretamente pelo “complexo de direitos e deveres, poderes e interesses que dizem respeito às responsabilidades parentais ou pelos poderes funcionais atribuídos pelo ordenamento às pessoas, serviços ou instituições a que a criança tenha de ser confiada”. Cf. José Melo Alexandrino, *O Discurso dos Direitos*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 137-138.

<sup>185</sup> Com este entendimento, cf. Paulo Afonso Garrido de Paula, “Criança e dignidade da pessoa humana”, in Jorge Miranda/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1010.

necessárias que não destoam do princípio da universalidade<sup>186</sup>. Talvez em razão da lacuna no reconhecimento da titularidade de direitos verificada durante muitos séculos, o legislador constituinte de ambos os países tenha entendido por bem não deixar qualquer margem de dúvida para a necessidade de reforço destas garantias voltadas à população infantojuvenil. Não há como negar que, em razão de uma situação específica de dependência, de falta de maturidade e, de certa forma, de falta de voz ativa, as crianças têm menos chances do que os adultos de defender os seus próprios interesses<sup>187</sup>. Portanto, crianças e adolescentes estão inseridos em um estatuto especial<sup>188</sup>, que se refere a determinados círculos de pessoas, que, por força da Constituição<sup>189</sup> ou da natureza das coisas estão a ele sujeitas. Trata-se, pois, de um “reforço da protecção conferida a outros direitos fundamentais”<sup>190</sup>. Por estes motivos é que a previsão de direitos fundamentais voltados às crianças e aos adolescentes não retira o atributo da universalidade, que deve estar presente em todos os direitos fundamentais<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> Sobre os direitos fundamentais da população infantojuvenil, sob a ótica do princípio da universalidade, comum a todos os direitos fundamentais, Jorge Miranda leciona: “Todavia, há direitos fundamentais que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de fatores diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações: direitos em razão da situação familiar (direitos dos cônjuges, dos pais, dos filhos), da situação económico-social (direitos dos trabalhadores, dos consumidores), das condições físicas ou mentais (direitos das pessoas com deficiências), da idade (direitos das crianças, dos jovens, dos idosos) (...) Nem por isso deixa aqui de se manifestar o princípio. Ele vale a dois títulos: 1º) na medida em que, dialeticamente, representa um limite à desagregação da comunidade política, à dispersão de tantos e tais direitos por tantas e tais categorias que se pusesse em causa o cerne dessa comunidade; 2º) na medida em que no interior de cada uma das categorias ou em relação a cada uma das situações especiais previstas, os direitos têm de ser atribuídos a todos que lhe pertençam ou que aí se encontrem”. Neste sentido, cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, tomo IV, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 306.

<sup>187</sup> Neste sentido, cf. Jorge Cardona Llorens, “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, in Susana Sanz Caballero (Coord.), **El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española**, 1ª ed., Navarra: Editora Thomson Reuters, 2017, p. 106.

<sup>188</sup> Referindo-se a um estatuto especial, José Melo Alexandrino afirma que não está excluído que “essas relações também podem conduzir a um reforço da protecção dispensada às pessoas que nelas estão inseridas. E esta última fenomenologia que sucede verdadeiramente no caso dos direitos das crianças e aí reside também o interesse da figura, na medida em que, se confirma e legitima limites e afectações acrescidas a certos direitos, também impõe o reforço da protecção conferida a outros direitos fundamentais”. Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 304.

<sup>189</sup> Referimo-nos aos artigos 69 e 70 da CRP e ao artigo 227 da CRFB.

<sup>190</sup> Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 304.

<sup>191</sup> José Melo Alexandrino afirma que é possível admitir diferenciações compatíveis com o princípio da universalidade, ao aduzir: “Na realidade, porém, ainda que em geral se trate de diferenciações fundadas em critérios objetivos, há muitos direitos que não são de todas as pessoas (*omnium*) nem sequer de todos os cidadãos portugueses, mas apenas de algumas categorias de pessoas, categorias essas determinadas em função de factores tão diversos como a situação familiar (direito dos pais, dos filhos, dos cônjuges), a idade (direitos das crianças, dos jovens, dos idosos) (...) Num sentido juridicamente refinado, é todavia possível conceber essas diferenciações como sendo essencialmente compatíveis com o princípio da universalidade”. Cf. José Melo Alexandrino, **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**, Estoril: Príncipe Editora, 2007, p. 66.

Por conseguinte, é uma consequência lógica a afirmação de que as crianças e os adolescentes, como todas as pessoas, são titulares do direito ao livre<sup>192</sup> desenvolvimento da personalidade, que, no caso deles, adquire especial importância<sup>193</sup>, pois como veremos mais adiante, são exatamente as experiências vividas no período da infância e da adolescência que virão a determinar de forma mais vigorosa a maneira de ser na fase adulta e a maneira como o ser humano virá a se relacionar com terceiros.

Como já expusemos, a dignidade da pessoa humana é o fundamento dos direitos materialmente fundamentais. Por consequência, veremos que, tanto o direito à convivência familiar, como o direito ao desenvolvimento da personalidade possuem relação direta com a dignidade da pessoa humana, na medida em que são direitos necessários para que a população infantojuvenil tenha uma vida dentro de padrões de dignidade. Aliás, a tríade dignidade da pessoa humana, autonomia e desenvolvimento da personalidade está sempre presente nas distintas áreas do direito das crianças<sup>194</sup>. Esta relação direta é tão patente que, apesar de defendermos a concepção de que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada um direito fundamental autônomo, não há como deixar de notar a especial importância que o legislador constituinte brasileiro reservou para a dignidade da população infantojuvenil, a partir do momento em que posicionou a dignidade no rol de direitos fundamentais das crianças e adolescentes, no artigo 227 da Carta Magna, o que foi reproduzido no ECA (artigo 15). Entendemos que a menção à dignidade, fora da esfera de princípio fundamental, apesar de redundante, posto que a dignidade da pessoa humana já figura como princípio norteador de toda a estrutura normativa pátria pelos ditames do artigo 1º, inciso III da Carta Magna, não deixa de ser um indicativo da íntima relação entre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes e

---

<sup>192</sup> Com relação à expressão “livre”, aposta antes do termo desenvolvimento da personalidade, entendemos pertinente esclarecer que a CRP, em seu artigo 26, n.º 1, contempla o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, dentre outros. Portanto, não há a expressão “livre”, ao contrário do que ocorre com a Constituição Alemã (art. 2º, n.º 1). Isto pode dever-se ao fato de que, ao consagrar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a Constituição alemã, concomitantemente, acrescentou que este direito pode ser limitado pela moral, pela ordem constitucional e pelos direitos dos outros. Como a CRP não incluiu tais limitações em seu texto, ao que tudo indica, pode ter sido este o motivo da falta de menção ao termo “livre” na Carta Magna portuguesa. Neste sentido, Jorge Reis Novais esclarece: “Por alguma razão, quando consagrou o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º), a Constituição portuguesa não reproduziu este “livre”, o que, implicitamente, dispensou o legislador constituinte de ter de explicitar, a seguir, aqueles limites gerais, dado que, logo à partida, o direito fundamental português já não era tão amplo, tão “livre” quanto o congénere alemão”. Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 87, nota n.º 111.

<sup>193</sup> Cf. Paulo Mota Pinto, **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**, 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018, pp. 90-91.

<sup>194</sup> Com este entendimento, cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 296.



a dignidade da pessoa humana. Sobreleva pontuar que o rol do artigo 227 da CRFB não é exaustivo, já que, a toda evidência, a população infantojuvenil também detém a titularidade de todos os direitos fundamentais conferidos às pessoas em geral. O que acontece na prática é que, não raro, acabamos por não sentir a necessidade de recorrer à dignidade da pessoa humana em razão do extenso e detalhado rol de direitos fundamentais presente em ambas as Constituições ora abordadas. Tanto a Constituição portuguesa, como a Constituição brasileira, têm a pretensão de tratar e regular diversas situações jurídicas<sup>195</sup> e relações jurídicas, de modo que o recurso à dignidade da pessoa humana com o fim de defender alguns direitos fundamentais a ela intimamente ligados acaba por se revelar inócuo, eis que pleonástico, ao menos em termos dogmáticos<sup>196</sup>. Destarte, se partirmos do pressuposto já exposto no tópico anterior, no sentido de que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento dos direitos materialmente fundamentais, é forçoso concluir que os direitos fundamentais afetos a crianças e adolescentes têm relação direta com a dignidade da pessoa humana, na medida em que também encontram o seu fundamento neste princípio.

### **2.3. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e a família (sob a perspectiva da convivência familiar)**

Embora o tema deste trabalho tangencie o desenvolvimento da personalidade, cabe-nos salientar que este não é o nosso foco principal, de modo que não nos será possível perscrutar este direito fundamental, através de uma incursão detida em todos os seus aspectos, desdobramentos e dimensões. Assim, abordaremos apenas conceitos preliminares para facilitar o entendimento do que propomos, bem como aspectos gerais, na exata medida do que for importante para compreender a relação deste direito com a dignidade da pessoa humana e com a convivência familiar, sendo esta última, o principal objeto deste trabalho. Para fins de delimitação negativa, também consideramos pertinente a distinção entre o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade<sup>197</sup>. Para além de serem uma

---

<sup>195</sup> Para definir as situações jurídicas, recorreremos às lições de António Menezes Cordeiro. O autor nos leciona: “Diz-se jurídica a situação humana - logo: social – valorada pelo Direito. Mais precisamente, a situação jurídica é o produto de uma decisão apropriada, correspondendo ao ato e ao efeito de realizar o Direito, resolvendo um caso concreto”. Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 863.

<sup>196</sup> Cf. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 85-86.

<sup>197</sup> De acordo com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”. Para o autor, os direitos de personalidade englobam os direitos de estado, os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à

expressão civilística do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, os direitos de personalidade concretizam o direito fundamental em questão<sup>198</sup>. Portanto, os direitos de personalidade constituem apenas uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade. Contudo, não é a expressão civilística que particularmente nos interessa para desenvolvimento do tema, mas sim o direito fundamental a ela subjacente.

Imbuídos destas premissas, para facilitar a compreensão deste tópico, dentre os diversos conceitos formulados pela doutrina pertinente, valeremo-nos da Psicologia, da Psicanálise e da Psiquiatria e partiremos de um conceito formulado por Grégory Michel e Diane Purper-Ouakil sobre o que devemos entender por personalidade. Para tanto, os autores formularam uma definição abrangente, ao afirmarem que personalidade é “um conjunto de processos organizados (cf. determinantes inatos, adquiridos), relativamente estáveis, que confere ao ser humano o seu carácter único e singular e que permite explicar as suas acções no decurso da sua existência”<sup>199</sup>. Partindo deste pressuposto, o desenvolvimento da personalidade traz em seu bojo não só a ideia de liberdade<sup>200</sup>, mas também a de autonomia e de dignidade da pessoa humana<sup>201</sup>.

Vejamos, primeiramente, a perspectiva do direito ao desenvolvimento da personalidade no que diz respeito ao direito de liberdade<sup>202</sup>. O direito ao desenvolvimento da personalidade

---

informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 396.

<sup>198</sup> Defendendo esta posição, Paulo Mota Pinto argumenta que os direitos de personalidade figuram como instrumentos jurídicos de concretização dos direitos fundamentais no direito privado através de diversos “mecanismos civilísticos”. O autor acrescenta que “o correspectivo privatístico dos direitos pessoais previstos no artigo 26º da Constituição são, como referimos, os direitos de personalidade”. Cf. Paulo Mota Pinto, **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**, 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018, p. 98. Ressaltando a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, v. também José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 396.

<sup>199</sup> Cf. Grégory Michel/ Diane Purper-Ouakil, **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**, trad. Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, pp. 15-16.

<sup>200</sup> Neste sentido, Paulo Otero defende que a liberdade é um “pressuposto do desenvolvimento da personalidade”. Cf. Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. I, Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 580.

<sup>201</sup> Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 86.

<sup>202</sup> Jorge Reis Novais pontua que o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade tem o sentido de levar a efeito a “jusfundamentalização da liberdade geral de acção”, o que, à partida, faz com que qualquer intervenção estatal restritiva na liberdade individual careça de justificação e, consequentemente, esteja sujeita a controle judicial. Por outro lado, em uma visão crítica, o autor destaca que, em razão da amplitude do seu âmbito normativo, o direito ao desenvolvimento da personalidade perde força, na medida em que pode ceder perante quaisquer limitações admitidas pelo legislador democrático. Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 87.

tutela um direito de liberdade<sup>203</sup> do indivíduo no que diz respeito à formação da sua personalidade sem a interferência de terceiros na direção da sua vida, nas suas escolhas, nos seus projetos e no desenvolvimento das suas capacidades. Mas em que consistiria desenvolver a personalidade de forma livre? Podemos dizer que, para que uma pessoa desenvolva a sua personalidade, deve estar livre de grilhões ou de fatores condicionantes externos de caráter impositivo, seja por parte do Estado, da sociedade ou de particulares. É claro que há vários fatores externos que poderão influenciar e condicionar a maneira como o desenvolvimento da personalidade se dará, como, por exemplo, o ambiente de ensino, a cultura em que estamos inseridos, a família, as amizades e as experiências colhidas nos processos de socialização com as pessoas que passam por nossas vidas. A toda evidência, ninguém se desenvolve sozinho, totalmente imune a quaisquer influências. A vida de todos nós “depende tanto do que seja a nossa pessoa como do que seja o nosso mundo”<sup>204</sup>, já que o desenvolvimento da personalidade de forma isolada, alijado de qualquer tipo de interação social, se não for impossível, ao menos tornará empobrecido qualquer projeto que tenha a realização pessoal como fim<sup>205</sup>.

O que tencionamos pontuar é que, embora também importantes, estas influências de terceiros terão a finalidade de compor apenas uma faceta do que virá a ser a personalidade de determinado ser humano, com a peculiaridade de que não serão impostas para que esta personalidade se desenvolva livremente. O desenvolvimento da personalidade humana, designadamente das crianças e adolescentes, recebe a contribuição de uma série de fatores, sejam estes internos ou externos, dentre os quais figuram as dotações inatas que trazem em seu bojo traços da origem genética do indivíduo, a constelação familiar, as qualidades das influências dos cuidadores e até mesmo a personalidade dos genitores<sup>206</sup>. Na medida em que o desenvolvimento da personalidade é um processo constante, que só termina com a morte do ser humano<sup>207</sup>, não é crível que, durante este percurso, este desenvolvimento não sofra qualquer

---

<sup>203</sup> John Stuart Mill destaca “duas coisas como condições necessárias do desenvolvimento humano, porque necessárias para tornar as pessoas diferentes umas das outras: liberdade e diversidade de situações”. Cf. John Stuart Mill, **Sobre a liberdade**, trad. Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, 2006, p. 129.

<sup>204</sup> Cf. José Ortega y Gasset, **O que é a filosofia? Ensaio**, trad. de José Bento, 2ª ed., Lisboa: Edições Cotovia, 1999, p. 167.

<sup>205</sup> Neste sentido, cf. Paulo Mota Pinto, **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**, 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018, p. 18.

<sup>206</sup> A enumeração desta gama de fatores essenciais para o processo de desenvolvimento e realização das qualidades da pessoa é da lavra de Giselle Groeninga. Neste sentido, cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 317.

<sup>207</sup> Neste sentido, v. Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. I, Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 579.

influência externa. No entanto, quando falamos em livre<sup>208</sup> desenvolvimento da personalidade, tencionamos dizer que, a par de todas as influências geradas por fatores externos, o indivíduo será livre para fazer as suas escolhas<sup>209</sup> dentro da sua própria concepção do que entende como melhor para a sua vida, mas tais escolhas não deverão ser desdobramentos de vontades pré-ordenadas por terceiros. Doravante, a noção de autonomia está ligada à ideia de posicionamento das pessoas como agentes dirigentes e determinantes de suas próprias vidas e de suas próprias escolhas, em um cenário em que o Estado tem o dever de respeitá-las<sup>210</sup>, desde que não estejam a ferir direitos de terceiros<sup>211</sup>. É justamente neste processo de desenvolvimento da personalidade, que as fases da infância e da adolescência assumem especial relevo, posto que determinantes para a fase adulta<sup>212</sup>.

Em uma perspectiva normativa, em termos internacionais, o direito ao desenvolvimento da personalidade está reconhecido na DUDH, em seu artigo 26º, n.º 2, que relaciona o direito

---

<sup>208</sup> Muito embora a CRP não faça menção ao termo “livre desenvolvimento da personalidade”, mas tão somente ao “desenvolvimento da personalidade”, comungamos do entendimento no sentido de que o direito fundamental consagrado na CRP, por trazer em seu bojo um nítido aspecto de liberdade, seria, na verdade, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em que pese a ausência da expressão “livre”. Neste sentido, cf. Paulo Mota Pinto, **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**, 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018, p. 20. Portanto, mesmo quando fizermos menção apenas à expressão desenvolvimento da personalidade, o termo “livre” deve estar subentendido.

<sup>209</sup> Neste diapasão, José Ortega y Gasset assevera que “viver é constantemente decidir o que vamos ser”. E prossegue o autor: “Se não nos é dado escolher o mundo em que vai deslizar a nossa vida- e esta é a sua dimensão de fatalidade- se nos encontrarmos com uma certa margem, com um horizonte vital de possibilidades- e esta é a sua dimensão de liberdade; vida é, pois, a liberdade na fatalidade e a fatalidade na liberdade. Não é isto surpreendente? Fomos arremessados em nossa vida e, ao mesmo tempo, isso em que fomos arremessados temos que fazê-lo por nossa conta, por assim dizê-lo, fabricá-lo. Ou dito de outro modo: a nossa vida é o nosso ser. Somos o que ela for e nada mais- mas esse ser não está pré-determinado, resolvido de antemão, mas precisamos de o decidir nós, temos que decidir o que vamos ser; (...)”. Neste sentido, cf. José Ortega y Gasset, **O que é a filosofia? Ensaio**, trad. de José Bento, 2ª ed., Lisboa: Edições Cotovia, 1999, pp. 169-170.

<sup>210</sup> Nesta linha de pensamento, ao discorrer sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar, John Stuart Mill afirma que “a liberdade do indivíduo tem de ter essa limitação; não pode prejudicar as outras pessoas”. Ainda sobre os limites da autoridade da sociedade sobre o indivíduo, o autor apregoa que “o facto de se viver em sociedade torna indispensável que cada um tenha de adoptar uma certa linha de conduta para com os outros. Esta conduta consiste, em primeiro lugar, em não prejudicar os interesses dos outros; ou melhor dizendo, certos interesses, que, por previsão legal explícita ou por entendimento tácito, têm de ser considerados direitos; e consiste, em segundo lugar, em cada pessoa arcar com a sua parte (a ser estabelecida segundo um princípio equitativo) de trabalhos e sacrifícios necessários para defender a sociedade ou os seus membros de dano ou moléstia. A sociedade está no seu direito ao impor estas condições, a todo o custo, a quem tentar não as cumprir”. Cf. John Stuart Mill, **Sobre a liberdade**, trad. Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, 2006, p. 106 e pp. 133-134.

<sup>211</sup> Em uma perspectiva de direito comparado, cabe-nos pontuar que a Constituição Alemã consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade em seu artigo 2, § 1 c/c artigo 1, § 1 da Lei Fundamental. O artigo 2, n.º 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Deutscher Bundestag) dispõe que: “(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

<sup>212</sup> Sobre os primeiros anos de vida como decisivos para o desenvolvimento da personalidade humana, Boris Cyrulnik afirma: “Os primeiros anos de vida são como as primeiras jogadas de uma partida de xadrez, definem a orientação e o estilo de toda a partida, mas desde que não nos tenham feito xeque-mate, ainda nos restam algumas boas jogadas”. V. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, p. 257.

à educação e à plena expansão da personalidade humana, assim como no artigo 29º, que estabelece a comunidade na qual o indivíduo está inserido como ambiente necessário ao livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade<sup>213</sup>. A consagração do desenvolvimento da personalidade também está materializada no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras, da UNESCO/1992, que relaciona a educação e o desenvolvimento das pessoas e prega o desenvolvimento, em todas as suas acepções, como um direito das futuras gerações<sup>214</sup>. Já no que se refere às fontes internas, no ordenamento jurídico português, o direito ao desenvolvimento da personalidade está plasmado no artigo 26º, n.º 1<sup>215</sup> da CRP e tutelado também pelo artigo 70º do Código Civil português. Para além da previsão do artigo 26º, n.º 1 da CRP, que alçou expressamente o desenvolvimento da personalidade à categoria de direito fundamental, distinguindo-o dos outros direitos pessoais, o legislador constituinte já havia deixado clara a importância deste direito, através de sua menção em outros dispositivos constitucionais, como é o caso daqueles que tratam da infância e da juventude e que particularmente nos interessam neste trabalho, a saber, os artigos 69º, n.º 1 e 70º, n.º 2 da CRP. Todavia, ainda que não houvesse a previsão expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade no artigo 26º, n.º 1 da CRP, a tutela a este direito, de qualquer modo, já seria uma decorrência direta do princípio basilar da dignidade da pessoa humana<sup>216</sup>. Tanto assim é que, no Brasil, embora não haja um dispositivo constitucional tutelando o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, como ocorre na CRP, esta conclusão é uma decorrência

<sup>213</sup> Artigo 26 da DUDH: 2. “A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz”. Artigo 29º da DUDH: “1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”.

<sup>214</sup> Artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras, da UNESCO: “Desenvolvimento e educação: 1- As gerações presentes devem garantir as condições de desenvolvimento sócioeconómico equitativo, sustentável e universal das gerações futuras, tanto na sua dimensão individual quanto coletiva, particularmente por meio da utilização justa e prudente dos recursos disponíveis, a fim de combater a pobreza. 2. A educação é instrumento importante para o desenvolvimento das pessoas e das sociedades. A educação deve ser utilizada para o fomento da paz, da justiça, da compreensão, da tolerância e da equidade, em benefício das gerações presentes e futuras”. Sobre a importância das fontes internacionais em termos de direitos fundamentais, Luís Clóvis Machado da Rocha leciona que “o século XXI trouxe a ressignificação da Constituição e do Estado de Direito, com a crise da unidade das fontes jurídicas, centrada apenas Lei Fundamental”, de modo que o Direito Internacional assumiu especial importância neste contexto atual, notadamente na interpretação dos direitos fundamentais. Cf. Luís Clóvis Machado da Rocha Junior, “Direito das gerações futuras: uma compreensão dogmática adequada ao constitucionalismo do século XXI”, in Jorge Miranda (Coord.), **A Constituição no limiar do século XXI**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, pp. 147-150.

<sup>215</sup> A redação atual do art. 26º, n.º 1 da CRP é oriunda da revisão constitucional de 1997 e foi dada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, que autonomizou o direito ao desenvolvimento da personalidade.

<sup>216</sup> Neste sentido, cf. Paulo Mota Pinto, **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**, 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018, p. 10: “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado”.

lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental em que também se baseia a República brasileira. Portanto, não há como pensarmos em uma hipótese de ofensa à dignidade da pessoa humana sem a respectiva ofensa ao desenvolvimento da personalidade<sup>217</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, em termos infraconstitucionais, o desenvolvimento da personalidade está tutelado pelos artigos 1º a 21 do CCB. No que se refere às crianças e adolescentes, o próprio legislador tratou de estabelecer uma relação entre desenvolvimento/desenvolvimento integral/desenvolvimento pleno destes e alguns direitos fundamentais, como é o caso do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (artigo 15 do ECA), do direito à convivência familiar e comunitária (artigo 19 do ECA) e do direito à educação (artigo 53). Para corroborar esta relação entre a família, a comunidade e o desenvolvimento da personalidade, devemos lembrar que própria DUDH, em seu artigo 29º<sup>218</sup>, estabelece um forte liame entre a comunidade (na qual temos que se insere a família, que vem a ser a primeira comunidade na qual normalmente estamos inseridos) e o desenvolvimento da personalidade, ao prever que a comunidade é o *locus* onde é possível o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. Assim, como não há como nos afastarmos da ideia de que o desenvolvimento da personalidade consubstancia-se em um dos elementos essenciais à dignidade humana, utilizados por parte da doutrina para identificar o conteúdo mínimo da dignidade humana<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Neste sentido, Jorge Reis Novais conclui: “De facto, pode haver violações tão marginais do direito ao desenvolvimento da personalidade que não equivalham à violação da dignidade, mas toda a violação da dignidade da pessoa humana é simultaneamente violação qualificada e grave do direito ao desenvolvimento da personalidade individual”. Cf. Jorge Reis Novais, **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**, volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 88.

<sup>218</sup> Artigo 29º da DUDH: “1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2.No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (...)”.

<sup>219</sup> Por todos, cf. Luís Roberto Barroso, “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação de seu conteúdo”, in Fernando Alves Correia/ Jónatas E. M. Machado/ João Carlos Loureiro (org.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 141. Neste trabalho, Luís Roberto Barroso tem, dentre outros, o objetivo de conferir à dignidade da pessoa humana um “sentido mínimo universalizável”. Para atingir tal desiderato, o autor elenca aspectos dos três conteúdos essenciais da dignidade, a saber, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor social da pessoa humana. No que tange à autonomia de vontade, também denominada pelo autor de elemento ético da dignidade, elemento este que especialmente nos interessa para fins de desenvolvimento do raciocínio, o autor assevera: “A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade”. Nesta linha de pensamento e pelos mesmos motivos, entendemos que subtrair o convívio familiar de qualquer indivíduo prejudica o livre desenvolvimento da sua personalidade, o que, em última análise, também viola a sua dignidade.

É forçoso admitir que nem todos os direitos fundamentais aproximam-se da dignidade da pessoa humana da mesma forma. Com base neste raciocínio, Paulo Otero defende a existência de direitos e deveres essenciais à dignidade da pessoa humana, que fazem parte do seu “núcleo essencial ou núcleo duro”, bem como de direitos e deveres complementares da dignidade da pessoa humana, posicionados perifericamente ao conceito desta<sup>220</sup>. Com base neste entendimento, é intuitivo que o direito ao desenvolvimento da personalidade, portanto, faz parte dos direitos que integram o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, eis que a sua ausência ou insuficiência compromete a qualidade ou fulmina a própria existência do respeito à dignidade de cada ser humano individualmente considerado.

Vimos, portanto, que há uma íntima interface entre o desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, não basta a previsão abstrata no sentido da tutela do desenvolvimento da personalidade. É mister que, para além de respeitar o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, o Estado crie condições que o viabilizem<sup>221</sup>. Com base neste raciocínio, acreditamos que é adequado aprofundar um pouco mais esta relação, através da inclusão de um terceiro fator para ela determinante. Imbuídos desta premissa, podemos nos valer de um recurso gráfico no qual a dignidade da pessoa humana ocuparia o ápice de uma estrutura triangular, na qual a família e o desenvolvimento da personalidade ocupariam os demais vértices. Para corroborar esta conexão ora demonstrada, basta observarmos que, nas Cartas Magnas de ambos os ordenamentos jurídicos objeto deste estudo, a menção à família normalmente vem associada à dignidade da pessoa humana. Aliás, não foi por outro motivo que o legislador constituinte brasileiro adotou o fundamento da dignidade da pessoa humana quando tratou da família, mais especificamente do planejamento familiar, no artigo 226, § 7º

---

<sup>220</sup> Cf. Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. I, Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 572-573.

<sup>221</sup> Paulo Otero leciona que eventual omissão do legislador não pode impedir a aplicabilidade direta das normas constitucionais que garantem a projeção do respeito pela dignidade da pessoa humana, já que as entidades públicas e as privadas estão vinculadas à aplicabilidade direta de tais normas da Constituição. Para o autor, nos casos de ausência de lei reguladora da matéria e de impossibilidade de recurso à analogia, é exatamente a aplicabilidade direta das normas constitucionais que se prestam a assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana que confere ao juiz o dever de criar a solução para resolver a situação concreta que é instado a decidir, dentro dos moldes do espírito do sistema. O autor também defende que “qualquer ausência de normação jurídica reguladora, atendendo à força constitucional da ordem axiologia decorrente do respeito pela inviolabilidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana, nunca impede que se considerem proibidas todas as condutas que atentem contra tais valores, devendo os tribunais declarar a nulidade dos actos jurídicos que as formalizem, enquanto negócios jurídicos contrários à lei constitucional ou, relativamente a muitos deles, ainda por também serem ofensivos dos bons costumes”. Neste sentido, cf. Paulo Otero, “Personalidade: um repensar do seu início”, in Jorge Miranda/Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 1020.

da CRFB, assim como elencou a dignidade no rol dos direitos fundamentais da população infantojuvenil, no artigo 227 da Carta Magna, ao lado de outros diversos direitos, como é o caso da convivência familiar.

Já no que se refere à família, não temos a pretensão de formular um conceito para o instituto, já que tal providência demandaria um esforço dogmático praticamente inútil, a partir do momento em que esbarraríamos em uma seara dotada de alto grau de subjetivismo, diante da infinidade de possibilidades atinentes ao conteúdo e ao objeto da família. De fato, em ambos os ordenamentos jurídicos abordados neste trabalho, a família continua a ser vista como uma instituição<sup>222</sup> e, concomitantemente, como elemento fundamental ou base da sociedade<sup>223</sup>. Mas, como veremos mais adiante, atualmente, a família também pode ser vista como um sistema<sup>224</sup>. Embora ambos os ordenamentos sejam uníssonos ao pontuar a importância da família na sociedade como um todo, nenhum deles se ocupou de conceituá-la, propositalmente. Se, por um lado, existe a dificuldade de definição de um conceito único que abarque todas as possibilidades de família, em razão das mudanças verificadas com o passar do tempo e das diversidades culturais de cada um dos povos, por outro lado, a família continua a ser praticamente unanimidade<sup>225</sup>, já que, a despeito da dificuldade de elaboração de um conceito

---

<sup>222</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé pontua que o Direito de Família português é caracterizado pela predominância de normas cujo cumprimento é obrigatório e pela visão da família como uma instituição, uma entidade natural que precede a lei. Cf. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Family Law and Family Values in Portugal”, in Mavis Maclean (coord.), **Family Law and Family Values**, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 312.

<sup>223</sup> O artigo 67º da CRP prega que a família é “elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus membros”. Por sua vez, o artigo 226 da CRFB estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”.

<sup>224</sup> Em uma abordagem mais ampla, que conta com a perspectiva da Psicologia, Giselle Groeninga ressalta que a família apresenta diversas dimensões. Em primeiro lugar, a família traduziria-se em um sistema no qual o todo da família é maior do que a soma dos membros interdependentes que a compõem. A família teria também uma dimensão imbricada com um tipo de relação privada na qual são estabelecidas relações particulares entre seus integrantes, além de ser também uma “instituição social, com normas jurídicas que definem direitos e deveres de cada um e que a sociedade deve garantir, seja qual for a sua configuração”. Dentro desta perspectiva, a autora frisa que a atual noção de família “ênfatiza o desenvolvimento individual, a visão da família como sistema, e contempla, cada vez mais, os Direitos da Personalidade de seus integrantes”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 319.

<sup>225</sup> Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé defende um ponto de vista que optamos por denominar de “mutação parcial da família”, a partir do momento em que argumenta que, embora possa ser reconhecida em seus detalhes ou configurações particulares, a família permanece segura como uma instituição essencial. Nesta linha de raciocínio, também afirma a autora: “O surgimento de diferentes relações jurídicas quase familiares não pode ser considerado como um sinal do declínio da família nuclear. Não é inevitavelmente uma tentativa de redefinir a família para permitir uma maior escolha individual na determinação da própria forma familiar. Pelo contrário, mostra o desenvolvimento de uma nova moralidade que está começando a informar o direito da família e está focada na conexão, cuidado e compromisso com outros membros da família, mas também contém noções problemáticas de escolha. Cf. Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, “Family Law and Family Values in Portugal”, in Mavis Maclean (Coord.), **Family Law and Family Values**, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 337.



abrangente, não há dificuldades práticas no que concerne à compreensão do seu significado para cada uma das pessoas individualmente consideradas. Na atualidade, a família não é mais vista como uma instituição destinada à procriação, a um meio de subsistência ou à aquisição de um *status* social<sup>226</sup>, mas sim como um “espaço de refúgio”<sup>227</sup> propício ao desenvolvimento da intimidade e como um verdadeiro sistema no qual os seus integrantes são vinculados pelo afeto. Assim, fincados em uma premissa de solidariedade<sup>228</sup>, os membros da família têm a função precípua de proporcionarem bem-estar recíproco.

A nova configuração da família está relacionada a uma estrutura formada por partes interdependentes em diversas acepções e que exercem funções complementares, sendo que tal estrutura como um todo deve atender às necessidades, à realização e ao bem-estar de seus membros, independentemente do seu modelo de configuração<sup>229</sup>. Desta forma, a noção de família não possui caráter estanque, mas sim dinâmico, eis que acompanha as transformações da sociedade<sup>230</sup>. A compreensão do conteúdo da família foi alargada para reconhecer a

<sup>226</sup> Com relação à noção de casamento e os seus efeitos pessoais no Direito Romano, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais leciona: “Ao contrário da actual concepção de casamento, inspirada no Cristianismo, a concepção romana de casamento apresenta-se bem diversa. (...) Para os romanos, o casamento surge como um facto social que, por sua vez, tem efeitos jurídicos (...) Por efeito do casamento romano, a mulher obtinha o *honor matrimonii* através do qual lhe era reconhecida a posição própria da mulher casada, sendo os seus filhos considerados legítimos (...)”. Cf. Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais, “O casamento no Direito Romano”, in Jorge Miranda (coord.), **Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque**, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 305.

<sup>227</sup> Neste sentido, cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 427.

<sup>228</sup> Ao enumerar os dez princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que, para além do princípio da afetividade, a solidariedade também constitui um valor fundante do Direito de Família: “Antes concebida apenas como dever moral, compaixão ou virtude, a solidariedade passou a ser entendida como princípio jurídico após a Constituição da República Brasileira de 1988, expressamente disposto no art. 3º, I. Este princípio também está implícito em outros artigos do texto constitucional, ao impor à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) a proteção da entidade familiar, da criança e do adolescente e ao idoso (arts. 226, 227 e 230, respectivamente)”. Cf. Rodrigo da Cunha Pereira, “Uma Principiologia para o Direito de Família”, in **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Universidade de Lisboa da Faculdade de Direito, Centro de Investigação de Direito Privado, A. 1, n.º 1, Lisboa, 2015, pp. 1886-1887. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_1871\\_1893.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1871_1893.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2019. Analisando o efeito do tempo na mudança de concepção da família, François Ost aduz: “Temos de nos render à evidência: de instituição assegurando a transmissão dos patrimónios e garantindo a ordem simbólica dos lugares, a família transformou-se hoje numa rede de relações afectivas e de solidariedade, cuja aposta é a construção de identidades pessoais na troca intersubjetiva”. Cf. François Ost, **O Tempo do Direito**, trad. Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 385.

<sup>229</sup> Neste sentido, cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 318-319.

<sup>230</sup> Neste diapasão, são pertinentes as reflexões de Míriam Afonso Brigas, para quem a família não pode ser compreendida “enquanto realidade cultural se não tivermos em consideração os principais factores que explicam o surgimento e transformação desta instituição”. Cf. Míriam Afonso Brigas, **O Direito da Família na História do Direito Português (dos antecedentes ao século XVIII). Primeiras reflexões**, vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 31.

possibilidade de esta ter a sua gênese na “informalidade, na uniparentalidade e, principalmente, no afeto”<sup>231</sup>. Não é por outra razão que a Constituição brasileira de 1988, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 226, para além de reconhecer a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, também assim reconhece a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Atualmente, em razão de separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis e novas configurações, a noção de família fora remodelada para abarcar não apenas o modelo composto por pais e filhos, mas também outras configurações, como famílias monoparentais compostas por apenas um dos genitores e seu (s) filho (s), famílias recompostas por novos casamentos, entidades familiares compostas por avós e netos, dentre outras configurações possíveis<sup>232</sup>. Portanto, o reconhecimento desta pluralidade de entidades familiares por normas constitucionais nada mais é do que uma expressão do reconhecimento do afeto para o Direito, como veremos a seguir.

Neste diapasão, qual seria exatamente a relação da família ou da convivência familiar com a dignidade da pessoa humana? Para além do afeto proporcionado pela estrutura familiar, temos que a relação passa também pela noção de família como fator essencial para o desenvolvimento da personalidade<sup>233</sup>, que, por sua vez, como já vimos, também está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Embora a metodologia de pesquisa adotada neste trabalho seja de natureza técnico-jurídica, constatamos que se trata de tarefa árdua evitar o contato de alguns temas abordados neste estudo com outras áreas do conhecimento, especialmente, a Psicologia, a Psiquiatria, a Psicanálise e a Filosofia. Nesta toada, esclarecemos que não é a nossa intenção discorrer e perscrutar todos os conhecidos e deletérios impactos da ausência de convivência familiar na vida e na formação da personalidade de crianças e adolescentes, mormente porque não dominamos os meandros e especificidades daquelas áreas do saber. Ademais, parafraseando Boris Cirulnik, precisaríamos de muitos “volumes para descrever o sofrimento humano”<sup>234</sup>. Todavia, por considerarmos que esta perspectiva

<sup>231</sup> Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, “Direito Fundamental à Convivência Familiar”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 71.

<sup>232</sup> Neste sentido, torna-se relevante o registro de Martha C. Nussbaum, para quem “a família nuclear, tradicional, constituída por pai e mãe- na qual a mãe é a principal cuidadora e o pai o principal ganha-pão- não é certamente o estilo dominante de acompanhamento das crianças no mundo contemporâneo”. V. Martha C. Nussbaum, **Educação e Justiça Social**, trad. de Graça Lami, Mangualde: Editora Pedagogo LDA, 2014, p. 17.

<sup>233</sup> Com este entendimento, cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 318.

<sup>234</sup> V. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, p. 257. A referência reiterada a Boris Cirulnik neste trabalho deve-se ao fato de que, em suas obras, o autor aborda a importância do vínculo familiar

interdisciplinar, além de útil, pode ser uma experiência enriquecedora, entendemos importante esta interface, ainda que breve, da Psicologia e da Psiquiatria com o Direito de Família e, também, com o Direito Constitucional, já que, por meio deste percurso argumentativo, poderemos avaliar as principais funções da família no contexto infantojuvenil. Será através da constatação dos efeitos da privação<sup>235</sup> da convivência familiar na vida das pessoas que poderemos posicioná-la como um importante fator para o livre desenvolvimento da personalidade.

Todavia, ainda que não tenhamos a pretensão de exaurir todos os impactos causados pela falta de convivência familiar, podemos abordar alguns aspectos normalmente apontados como decorrências desta lacuna. Não há como deixar de reconhecer que a presença da família é um fator essencial ao desenvolvimento da personalidade, sendo a primeira comunidade na qual as pessoas se inserem. Quando falamos em família, o que menos importa é se o modelo adotado é supostamente certo ou errado, mas sim que há um padrão de pertencimento a seguir<sup>236</sup>. Afinal, assim como a ausência de passado equivale a uma “descendência muda”<sup>237</sup>, não pertencer a alguém ou a algum lugar é como não existir<sup>238</sup>. Ainda que, para alguns, o Direito da Família (e a própria família, por consequência) talvez seja uma “recordação permanente da

---

para o desenvolvimento da personalidade das crianças, assim como os efeitos deletérios de uma eventual lacuna neste sentido. Dentre outros aspectos, o autor defende que vínculos afetivos seguros nos primeiros anos de vida de uma criança podem ser determinantes para o processo de aquisição da capacidade de resiliência. O autor utilizou parte da sua história de vida em suas obras, eis que, quando criança, fora confiado a uma família adotiva pelo fato de os seus pais terem falecido em um campo de concentração nazista, durante a Segunda Guerra Mundial. Parte da história de vida do autor está disponível em: <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/apr/18/boris-cyrulnik-children-trauma>>. Acesso em 24 jun. 2019.

<sup>235</sup> Neste sentido, cf. *idem, ibidem*, p. 253: “Numa altura em que a evolução da cultura ocidental põe em causa a família, talvez seja interessante observar a situação clínica e quase experimental das crianças privadas de família. Através dos seus comportamentos, como em qualquer outro método experimental, é possível avaliar a função familiar, observando os efeitos da privação”.

<sup>236</sup> Sobre a família como diretriz condicionante do desenvolvimento das crianças, consideramos relevante a citação de Boris Cyrulnik: “Para vir a ser alguém é preciso renunciar a todos os outros que se poderia vir a ser. A grelha familiar facilita e dirige o desenvolvimento de uma criança. Esta grelha guia-a, dá-lhe sentido, condiciona-a e amputa-a ao modelá-la”. Cf. *idem, ibidem*, p. 271.

<sup>237</sup> A expressão deve-se a Boris Cyrulnik. Cf. Boris Cyrulnik, **Nutrir os afectos**, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 94.

<sup>238</sup> Boris Cyrulnik adverte que é necessário que a criança tenha o sentimento de pertença a alguém: “Portanto, é preciso pertencer. Não pertencer a ninguém, é não se tornar alguém. (...) Quando uma criança não pertence a ninguém, encontra-se fora da sociedade, privada das estruturas que deveriam ter apoiado o seu sentimento de familiaridade e o seu desejo de filiação. Isto explica que as crianças sem família estejam à margem ao mesmo tempo dos circuitos de socialização e das estruturas institucionais que permitem a vinculação (...) Esta alteração das representações de si e das interações quotidianas provoca regularmente perturbações da identidade: quando não se sabe de onde se vem, não se pode saber para onde se vai. Quando não nos inscrevemos dentro de um circuito de pertença, o sentimento de ser si mesmo torna-se maleável, porque o mundo não está estruturado. Ser brâmane ou guerreiro, rico ou pobre, homem ou mulher, morto ou vivo, tudo isso é quase a mesma coisa. Quando uma criança não pertence, não conhece a história da família ou da descendência. Ora, esta lacuna impede a criança de estruturar o seu tempo”. Cf. Boris Cyrulnik, **Nutrir os afectos**, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, pp. 92-93.

fragilidade de muitos dos valores em que a nossa sociedade assenta”<sup>239</sup>, não há como negar que, ao longo do movimento da História, a família sempre desempenhou um papel crucial para a natureza humana. Se, em um passado longínquo, em que dominavam cenários inóspitos, pertencer a uma família significava a segurança de sobreviver e de perpetuar a espécie, atualmente, tal pertencimento está ligado não só à sobrevivência do afeto, mas também à sobrevivência da sociedade como um todo<sup>240</sup>, já que a família tornou-se um reduto de afeto, aprendizado<sup>241</sup> e de imposição de limites, onde residem micro conflitos que acabam por espelhar os grandes conflitos que desafiam as sociedades atuais<sup>242</sup>.

Para além dos fatores externos consubstanciados nas relações sociais e nos métodos educativos, como fatores decisivos no processo constante de desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, não podemos deixar de observar que há também uma nítida relação entre o desenvolvimento da personalidade e a família (ou mais especificamente, as experiências proporcionadas pelo convívio familiar) e entre desenvolvimento da personalidade e afeto, assim como há íntima relação da família com o afeto<sup>243</sup>.

<sup>239</sup> Neste sentido, cf. Daniel Silva Morais/ Jorge Duarte Pinheiro, **Hipóteses e materiais para a disciplina de Direito da Família**, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 6.

<sup>240</sup> Lafayette Pozzoli afirma que: “O núcleo familiar é o primeiro grupo social do qual se percebe e recebe não somente herança genética ou material, mas especialmente moral. A formação de caráter depende, fundamentalmente, do exemplo ou modelo familiar que se tem na formação da personalidade da pessoa, que ocorre predominantemente em sua fase infantil. Daí a fundamental importância da família para o crescimento sadio e digno da sociedade”. Cf. Lafayette Pozzoli, “A comunicação e a mediação no seio da família: a fraternidade como desafio do século XXI”, in Eduardo Vera-Cruz Pinto/ José Rodolpho Perazzolo/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Família: Patrimônio da Humanidade**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 152.

<sup>241</sup> Susan Moller Okin destaca que a família pode vir a figurar como uma “escola de justiça”. A autora defende que alguns teóricos falharam ao explicar como as crianças podem aprender a desenvolver o senso de justiça que lhes será exigido como cidadãos de uma sociedade justa sem um ambiente de formação não fundado em princípios de justiça. Assim assevera a autora: “Quase toda pessoa em nossa sociedade começa a vida em uma família de algum tipo ou outro. (...) Embora suas formas sejam variadas, a família em que uma criança é criada, especialmente nos primeiros anos, é claramente um lugar crucial para o desenvolvimento moral inicial e para a formação de nossas atitudes básicas em relação aos outros. É, potencialmente, um lugar onde podemos aprender a ser justos (...)”. Cf. Susan Moller Okin, **Justice, Gender and the Family**, United States of America: Perseus, 1989, pp. 17-18.

<sup>242</sup> De acordo com as lições de Boris Cyrulnik, “o sentimento de pertença que molda os nossos comportamentos e os nossos juízos é ele mesmo moldado pela nossa ecologia humana. Na época, ainda muito próxima, em que se nascia e morria na mesma casa, o sentimento de pertencer a uma família ou a uma aldeia germinava facilmente num indivíduo. Num contexto em que a fome, as epidemias, as durezas do clima e as pilhagens ritmavam as histórias da nossa vida, a família tornava-se o lugar da segurança, do conforto e da afeição. Mas quando a ecologia humana varia, quando o excesso de população nos torna anônimos, quando a organização social nos faz mudar de emprego e de alojamento várias vezes na vida, quando a cidade se torna o lugar dos encontros casuais e das distrações fugazes, então a família muda de sentido. Já não é o porto de abrigo onde se aprende a viver, amar e trabalhar, torna-se o lugar das repressões e das regressões. Numa ecologia humana difícil, sofria-se do desconforto e da insegurança do mundo exterior, enquanto numa sociedade sobreorganizada, é a família que faz sofrer porque é nela que se exprimem os interditos sociais e se transmitem as angústias”. Cf. Boris Cyrulnik, **Nutrir os afectos**, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 104.

<sup>243</sup> Para tratar do afeto, valeremo-nos dos contributos da Psicologia e da Psiquiatria. Nas lições de Giselle Groeninga, afeto é “energia mental com determinada direção, de ligação, de vinculação às pessoas”. V. Giselle

Em um passado não tão remoto, o afeto não costumava ocupar uma posição de destaque no Direito, eis que detinha uma diminuta relevância para alicerçar ou ao menos para servir de fundamento para as relações jurídicas como um todo<sup>244</sup>. Não era por outro motivo que, em ambos os ordenamentos jurídicos abordados, pouquíssimos dispositivos legais a ele faziam menção. Malgrado esta irrelevância inicialmente constatada, podemos afirmar que, atualmente, estamos a trilhar o caminho inverso. Para além de o afeto ter sido alçado de valor a princípio jurídico<sup>245</sup>, o que pode ser verificado pela proliferação de normas e decisões judiciais a ele relativas, a sua importância nas relações humanas e no Direito tem sido acentuada. Nesta esteira, cada vez mais, estamos a observar o aumento do interesse pelos estudos ligados ao afeto e à família<sup>246</sup>. Afinal, é a família, como um sistema, que concentra as ligações humanas, “capta a afetividade, liga o indivíduo”<sup>247</sup> e dá sentido à vida humana<sup>248</sup>, funcionando como um espaço

---

Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 315. Para Grégory Michel e Diane Purper-Ouakil, “o afeto é uma ligação afectiva que produz um sentimento de segurança”. Neste sentido, Cf. Grégory Michel/ Diane Purper-Ouakil, **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**, trad. Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 179. Por sua vez, na acepção do Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, de acordo com a perspectiva da Psicologia, afeto seria “um dos três tipos de função mental, juntamente com a volição e com a cognição”. Já de acordo com a ótica da Psicanálise, afeto seria “estado emocional que se relaciona com a formação da pulsão”. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/afeto/>>. Acesso em 25 jun. 2019.

<sup>244</sup> Neste sentido, Cf. Guilherme de Oliveira, “O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza”, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 8.

<sup>245</sup> Com este entendimento, Cf. Rodrigo da Cunha Pereira, “Uma Principiologia para o Direito de Família”, in **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Universidade de Lisboa da Faculdade de Direito, Centro de Investigação de Direito Privado, A. 1, n.º 1, Lisboa, 2015, p. 1886: “O afeto torna-se um valor jurídico, a partir do momento que as relações de família deixam de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. De simples valor jurídico a princípio jurídico foi um outro passo, e historicamente, é recente”.

<sup>246</sup> Como exemplo do movimento de inserção do afeto nas relações jurídicas, Giselle Groeninga cita o tema do reconhecimento das parcerias homoafetivas, que se tornou pauta recorrente em ordenamentos jurídicos e tribunais de vários países do mundo ocidental. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 314.

<sup>247</sup> Cf. Philippe Ariès, **História da vida privada**, trad. de Sílvia Costa e Fátima Marins com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, vol. III, Lisboa: Ed. Afrontamento, 1990, p. 411.

<sup>248</sup> Neste sentido, são pertinentes as reflexões de Boris Cirulnik: “Sem pertença, encontramos-nos sós, num mundo de coisas desprovidas de sentido, vivendo mediocrementemente na pontualidade do instante que passa”. Cf. Boris Cirulnik, **Nutrir os afectos**, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 101.

no qual vivenciamos afetos profundos<sup>249</sup>. Tanto assim é que se torna tarefa árdua a adoção de uma forma de resolução de problemas familiares que não envolva sentimentos<sup>250</sup>.

Assim, acompanhando esta transformação, a família passou a ser o “lugar do desenvolvimento humano, da afirmação cidadã, do direito à liberdade”<sup>251</sup>, ao passo que o afeto passou a figurar como a chave dos atuais fenômenos familiares<sup>252</sup>. Hoje, quando nos vem à mente a noção de família, automaticamente, somos remetidos para um reduto de afeto, de solidariedade, de aconchego, de pertença, de solidez, de realização, de desenvolvimento pessoal e de preocupações recíprocas com o bem-estar<sup>253</sup> de cada um de seus componentes. Sob a perspectiva de cada um de seus integrantes, a família constitui uma “base segura na qual estes indivíduos remontam as suas histórias de vida e se reconhecem através das memórias

<sup>249</sup> Neste sentido, Cf. Madalena Alarcão, **(Des) equilíbrios familiares. Uma visão sistêmica**, 3ª edição, Coimbra: Editora Quarteto, 2006, p. 37: “Este é, então, um espaço privilegiado para a elaboração e aprendizagem de dimensões significativas da interacção: os contactos corporais, a linguagem, a comunicação, as relações interpessoais. É, ainda, o espaço de vivência de relações afectivas profundas: a filiação, a fraternidade, o amor, a sexualidade... numa trama de emoções e afectos positivos e negativos que, na sua elaboração, vão dando corpo ao sentimento de sermos quem somos e de pertencermos àquela e não a outra qualquer família. Mas a família é, também, um grupo institucionalizado, relativamente estável, e que constitui uma importante base da vida social. Tudo isto faz da família um objeto de estudo de diferentes disciplinas científicas e um campo de interessada investigação pessoal”.

<sup>250</sup> João Seabra Diniz assinala que “não há uma forma a que possamos chamar asséptica para analisar e resolver os problemas familiares. É sempre uma forma sentida”. Cf. João Seabra Diniz, “Família lugar dos afectos”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 144. Martha Nussbaum defende a inadequação do afastamento de todos os tipos de emoção do raciocínio jurídico, ao afirmar que: “As emoções são frequentemente mais fiáveis, na deliberação ou no processo de decisão, do que um raciocínio puramente intelectual, pois as emoções integram alguns dos pontos de vista mais profundamente enraizados em nós sobre o que é importante na vida, pontos de vista que se podem facilmente perder durante processos de raciocínio intelectualmente sofisticados”. Cf. Martha Nussbaum, **Love’s Knowledge: Essays on Philosophy and Literature**, Oxford: Oxford University Press, 1990, pp. 41-42. Ainda sobre a importância das emoções no contexto jurídico, Maria Clara Sottomayor conclui que “as emoções desempenham, também, necessariamente, um papel, na elaboração da lei, no julgamento e no raciocínio jurídico (...) Os sentimentos têm um papel no processo de decisão. Contudo, o julgador deve ter consciência dos seus sentimentos e de que eles não são infalíveis, e questionar se estes sentimentos são ou não partilhados pelos membros da sociedade ou se constituem preconceitos impeditivos de uma avaliação objetiva do caso. Juizes e juristas devem ter a capacidade de examinar a sua própria consciência para detectar os seus preconceitos e crenças. Os processos de decisão e de auto-conhecimento são fenômenos intrinsecamente ligados (...)”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 310-311.

<sup>251</sup> Assim afirma Maria Margarida Silva Pereira. Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 83.

<sup>252</sup> Neste sentido, Cf. Júlio Barbosa e Silva, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, 1º semestre de 2015, n.º 1, Lisboa, 2004, p. 119.

<sup>253</sup> Julgamos oportuno lembrar que o bem-estar social é uma consequência oriunda da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que não é possível a existência de um sistema jurídico fincado na garantia da dignidade da pessoa humana sem uma “cláusula constitucional de bem-estar social”. Neste sentido, Paulo Otero prega que o bem-estar social tornou-se uma “vertente inseparável de dignificação do estatuto jurídico-constitucional do ser humano”. Cf. Paulo Otero, **Instituições Políticas e Constitucionais**, vol. I, 3ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 343.

compartilhadas entre seus membros”<sup>254</sup>. Nesta linha de ideias, a família não seria um fim em si, mas um “*locus* instrumental ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus componentes”<sup>255</sup>. Não é por outro motivo que, embora a Carta Europeia de Direitos Humanos não defina exatamente o conceito de família, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adota um “conceito material ou substancial” de família, fundado na averiguação da efetiva existência de laços afetivos entre pessoas consideradas, independentemente da coabitação ou da fonte da relação parental de origem<sup>256</sup>.

No campo do desenvolvimento da personalidade e da família, o afeto tem a particularidade de desempenhar diversas funções. Em primeiro lugar, o afeto é um fator primordial para assegurar a integridade física e psíquica<sup>257</sup> do ser humano, inclusive para assegurar a sua sobrevivência<sup>258</sup>, além de ser essencial para a formação e desenvolvimento da

<sup>254</sup> Esta concepção de família fora por nós desenvolvida anteriormente. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, p. 30.

<sup>255</sup> Defendendo a concepção da família como *locus* instrumental, v. Marianna Chaves/ Raphael Carneiro Arnaud Neto, “Adoção por indivíduos e casais homossexuais: O melhor interesse da criança materializado no direito à convivência familiar”, in António Menezes Cordeiro/ Eduardo Paz Ferreira/ M. Januário da Costa Gomes/ Jorge Duarte Pinheiro (org.), **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 234-235.

<sup>256</sup> Ao realizar uma análise da convivência familiar à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), Ana Rita Gil destrincha o conceito de família na jurisprudência do citado Tribunal e constata que, para o TEDH, “o que verdadeiramente importa na existência de vida familiar é a efetividade de laços reais a unir pessoas consideradas”. Neste sentido, cf. Ana Rita Gil, “A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in **Revista do Ministério Público**, I53, ano 39, Lisboa, 2018, pp. 64-65.

<sup>257</sup> Em uma perspectiva Psicanalítica, Giselle Câmara Groeninga afirma que há íntima relação entre pensamentos e sentimentos, entre razão e emoção, bem assim entre mente e corpo, de modo que “os afetos são partes inerentes e integram o pensamento, ao invés de lhe serem opostos ou dissociados como o paradigma cartesiano nos fazia crer. É nas relações familiares, seja a família constituída da forma que for, que se aprende a balizar os afetos, integrá-los à capacidade de pensar e avaliar o mundo e as relações e a transformá-los em sentimentos. É por meio dos afetos que valorizamos e julgamos a experiência em prazerosa, desprazerosa, boa, má. (...) somos seres de relação- e os impulsos imediatamente se ligam a pessoas que passam a ser significativas na constelação mental particular de cada um- daí a importância do concurso dos adultos, mãe, pai ou substitutos. E estas pessoas é que decodificarão as expressões impulsivas dos bebês, pois estes valorarão a experiência segundo o registro do prazer/ desprazer, da dor/ausência de dor. Estes adultos, nos quais a criança se espelhará em como lidar com os afetos, e com os quais ela se identificará, é que auxiliam no estabelecimento dos valores, e sobretudo da capacidade de empatia”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 315.

<sup>258</sup> A afirmação é de Giselle Groeninga, que: “Sem ter alguém que interprete nossas sensações, as decodifique em sentimentos, e os receba e retribua, podemos, inclusive, não sobreviver. E o cuidar da prole com afeto é função primordial da família. Além disto, necessitamos de adultos em que invistamos afetivamente, que nos sirvam de exemplo e com os quais nos identifiquemos. Assim se forma a nossa personalidade, como veremos adiante. O direito a ter família, original ou substituta, é um direito humano, que garante não só o direito à vida, mas à integridade psíquica”. Neste sentido, Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 316. Ainda sobre a relação entre afeto e

personalidade da criança<sup>259</sup> nos seus primeiros anos de vida<sup>260</sup>, sobretudo no que se refere à capacidade de estabelecer o sentimento de empatia. Os estudos científicos desenvolvidos na área da Psicologia, dentre os quais, os relevantes estudos da lavra de René Arpad Spitz<sup>261</sup>,

---

sobrevivência nos primeiros anos de vida, é digna de nota a pesquisa realizada por René A. Spitz, que demonstrou que, mesmo ao receberem cuidados físicos adequados, bebês institucionalizados não sobreviviam quando com eles não eram criados vínculos afetivos materializados através de toques, conversas e outras demonstrações de afeto. Neste aprofundado estudo realizado com crianças que compunham a população de uma determinada instituição e que foram observadas por doze a dezoito meses, o autor apurou dois tipos de síndromes resultantes da privação afetiva, pontuando que os danos sofridos pelas crianças são proporcionais à duração desta privação. A síndrome oriunda da privação afetiva parcial fora por ele denominada de depressão anaclítica, ao passo que a síndrome resultante da privação afetiva total foi denominada de hospitalismo. Em comum, as crianças observadas tinham o fato de que tiveram as suas mães em sua companhia durante os seus seis primeiros meses de vida e com elas estabeleceram boas relações afetivas, período em que apresentaram bom desenvolvimento. Para além disto, todas as crianças observadas foram separadas de suas mães entre o sexto e o oitavo mês de vida, por um período praticamente ininterrupto de três meses, sem terem recebido um substituto aceitável. Apurou-se que, diferentemente das crianças cujas mães não foram afastadas, as crianças privadas das suas mães desenvolveram uma síndrome resultante da privação afetiva, a que o autor denominou de “depressão anaclítica”. Em linhas gerais, no curso do primeiro mês de afastamento, as crianças tornaram-se chorosas, exigentes e apegadas ao observador, quando este porventura conseguia com elas estabelecer contato. No segundo mês, fora observada a transição do choro para um gemido, o que coincidiu com o início da perda de peso e com a parada no quociente de desenvolvimento. Já no terceiro mês de separação, tais crianças passaram a recusar o contato com adultos, o que coincidiu com o início da rigidez facial. Após o terceiro mês, houve a consolidação da rigidez facial, bem como a substituição do choro por lamúria. Além disto, houve a substituição do atraso motor pela letargia, com a consequente diminuição do quociente de desenvolvimento. O autor concluiu no seguinte sentido: “A ausência da mãe equivale à carência emocional. Vimos que isso leva à deterioração progressiva, envolvendo toda a criança. Tal deterioração manifesta-se primeiramente por uma interrupção do desenvolvimento psicológico da criança, iniciam-se, então, disfunções psicológicas paralelas a mudanças somáticas. No estágio seguinte, isso acarreta uma predisposição crescente à infecção e, finalmente, quando a privação emocional continua no segundo ano de vida, leva a uma taxa extremamente alta de mortalidade”. Cf. René Arpad Spitz, **O primeiro ano de vida: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objetais**, trad. Erothildes Millan Barros da Rocha, 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, pp. 233-247. Nas suas pesquisas, René A. Spitz também apurou uma influência entre a duração da separação da mãe sobre o nível do quociente de desenvolvimento. Cf. *idem*, *ibidem*, p. 240.

<sup>259</sup> Nesta linha de raciocínio, Giselle Groeninga pondera: “É preciso que se diga que a formação da personalidade da criança vai depender diretamente da oportunidade que ela tiver em experimentar seus afetos e trocas com as pessoas significativas- em geral a mãe o pai. Neste sentido é que o direito à integridade física e psíquica é corolário do direito à convivência”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 315.

<sup>260</sup> De acordo com os resultados das pesquisas realizadas, René A. Spitz conclui que o primeiro ano de vida é o período que reúne a maior parte do aprendizado humano: “O primeiro ano de vida é o período mais plástico no desenvolvimento humano. O homem nasce com um mínimo de padrões de comportamento pré-formados e deve adquirir incontáveis habilidades no decorrer do seu primeiro ano de vida. Nunca mais na vida tanto será aprendido em tão pouco tempo”. Cf. René Arpad Spitz, **O primeiro ano de vida: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objetais**, trad. Erothildes Millan Barros da Rocha, 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 107.

<sup>261</sup> Com relação aos estudos científicos citados, Cf. René Arpad Spitz, **O primeiro ano de vida: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objetais**, trad. Erothildes Millan Barros da Rocha, 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, pp. 99-105. Esclarecemos que, nestas pesquisas, René A. Spitz centra a sua investigação no papel do afeto na relação entre mãe e filho, esclarecendo que, embora a mãe não seja o único ser humano a influenciar emocionalmente a criança, já que o pai, irmãos, parentes, o ambiente cultural e os costumes, dentre outros, também podem ter um significado afetivo, não podemos olvidar que, na cultura ocidental, tais influências são geralmente transmitidas à criança pela mãe ou por seu substituto. Tendo justamente como suporte a importância do afeto para o desenvolvimento de crianças, principalmente as de tenra idade, destacamos uma importante iniciativa desenvolvida em Portugal desde o ano de 1998 denominada “Ajuda de berço”. Trata-se de um projeto ao qual aderiram parceiros empresariais e particulares, a Câmara Municipal de Lisboa e outros voluntários e através do qual se proporciona cuidado e afeto a crianças de zero a três anos de idade



demonstram que a qualidade das interações precoces e os processos de afeto entre a criança e seus pais são fatores que desempenham um importante papel no desenvolvimento da criança<sup>262</sup>. E não é só. A relação afetiva estabelecida entre mães e bebês de oito a dezoito meses de vida os marcará por toda a vida, já que é exatamente neste período que se dá o desenvolvimento emocional dos seres humanos. Em seus primeiros anos de vida, a criança adota como referencial o adulto com quem mais estabelece relações (normalmente a mãe, o pai ou o cuidador), passando a considerá-lo como fonte de segurança e a quem recorrerá em caso de necessidade. A partir do momento em que a criança tomar como molde este adulto de referência, será a partir deste adulto que ela passará a estabelecer comparações em suas experiências sociais<sup>263</sup>, o que influenciará a maneira como a criança virá a se relacionar com outros indivíduos ao longo de toda a sua vida.

Não é por outro motivo que têm sido reforçado o enfoque na proteção da primeira infância<sup>264</sup>, seja através da edição de leis com este objetivo<sup>265</sup>, seja através do estabelecimento de pactos nacionais em prol da primeira infância<sup>266</sup>, seja através da disseminação de seminários neste sentido, por todo o Brasil e em também outros países. A tônica da proteção à primeira infância está diretamente ligada à percepção de que, a partir do momento em que os seis primeiros anos de vida do ser humano serão determinantes para a formação da sua personalidade, deve ser justamente nesta etapa da vida que merecem ser concentrados os maiores investimentos, tanto em termos dos deveres estatais para assegurar os direitos das crianças, tanto em termos de desenvolvimento de estudos científicos, como forma de assegurar o desenvolvimento de adultos seguros e saudáveis, em termos psíquicos e emocionais.

---

e que aguardam por uma família adotiva, pelo retorno à família biológica ou por algum tipo de vínculo afetivo através do qual possam encontrar o carinho de que necessitam. Os voluntários comprometem-se a suprir as necessidades afetivas indispensáveis à formação destas crianças, bem como a viabilizar os mesmos estímulos que as demais crianças têm, com o fim de assegurar o seu desenvolvimento de forma saudável, para além de dispensar cuidados básicos e de promover a sua socialização. Disponível em: <<http://www.ajudadeberco.pt>>. Acesso em 29 jan. 2020.

<sup>262</sup> Também neste sentido, Cf. Grégory Michel/ Diane Purper-Ouakil, **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**, trad. de Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 179.

<sup>263</sup> V. *ibidem*, pp. 178-179.

<sup>264</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão legal no sentido de que a primeira infância compreende a faixa etária de zero a seis anos de idade, de acordo com o disposto no artigo 2º da lei n.º 13.257, de 08 de março de 2016.

<sup>265</sup> No Brasil, a lei n.º 13.257/16 dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em 26 jun. 2019.

<sup>266</sup> Com o fim de abordar os percalços enfrentados pelos atores que fazem parte da rede de proteção à infância no Brasil, no que tange à implementação das leis que versam sobre a defesa da população infantil, bem como de selecionar e propagar boas práticas no âmbito da atenção à primeira infância, o CNJ firmou o Pacto Nacional pela Primeira Infância, em 25/06/2019. O Pacto está disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pacto-nacional-pela-primeira-infancia>>. Acesso em 26 jun. 2019.

Em segundo lugar, para além de o afeto ser primordial para o desenvolvimento da personalidade das crianças e para assegurar a sua sobrevivência<sup>267</sup>, também não há como deixar de reconhecer que o afeto é primordial para a constituição e para a manutenção das relações familiares<sup>268</sup>. Foi também a noção de afeto como fator propulsor da família<sup>269</sup> que fez aumentar a percepção da relevância desta para todas as pessoas e, conseqüentemente, alçou o direito à convivência familiar a um patamar jusfundamental, principalmente no que toca às crianças e aos adolescentes, como pessoas ainda em desenvolvimento que são, conclusão esta que será melhor desenvolvida no capítulo 4.

Apresentamos argumentos para demonstrar que a família é um fator essencial ao desenvolvimento da personalidade do ser humano, notadamente das crianças e adolescentes. Contudo, devemos evitar a tendência de limitar a importância da família à esfera privada, já que, como acenam as próprias cartas Magnas<sup>270</sup> ora abordadas neste trabalho, a família também é um elemento fundamental das sociedades, e, portanto, um fator de harmonização social. Não é por outro motivo que, ao elencar princípios necessários para a estrutura global, na seara da educação e da justiça social, Martha Nussbaum vai além e defende que a família deve ser protegida pela “comunidade mundial”<sup>271</sup>. Destarte, a proteção da família e de todos os seus

---

<sup>267</sup> René A. Spitz argumenta que adultos e crianças, sobretudo bebês, são muito diferentes no que tange à fisiologia, às sensações experimentadas face a um determinado estímulo, às reações físico-químicas, à maneira de perceber e vivenciar o ambiente que os cerca. Acrescenta que o fato de um recém-nascido não poder transmitir exatamente a terceiros o seu sofrimento não significa que ele não sofra. E arremata: “Indiferença, falta de empatia e falta de imaginação resultam em incrível crueldade para com os bebês”. Cf. René Arpad Spitz, **O primeiro ano de vida: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objetais**, trad. Erothildes Millan Barros da Rocha, 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980, p. 113.

<sup>268</sup> Sobre a importância do afeto nas relações familiares, notadamente a força insuperável do modelo de afeto paterno-filial, imune ao decurso do tempo, José Renato Nalini leciona: “O sentimento de afeição profunda entre pais e filhos é o molde mais perfeito para o caráter dos educandos (...) A receita é gratuita. O remédio existe. O diagnóstico dos especialistas é consensual: a humanidade sofre por falta de amor. A fonte amável tem nome: a família. Ela continua insubstituível. O grupo formado por mãe devotada (...) - pai fornecedor da segurança, filhos-testemunhos do amor que uniu o casal é um padrão que ninguém consegue eliminar. E nele, a seiva vital é o afeto espontâneo e natural, infinito e poderoso, que une mãe e filho”. Cf. José Renato Nalini, “A tragédia familiar. Reflexões sobre a falta de amor”, in Eduardo Vera-Cruz Pinto/ José Rodolpho Perazzolo/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Família: Patrimônio da Humanidade**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 140.

<sup>269</sup> De acordo com o estudo desenvolvido pelos psiquiatras Grégory Michel e Diane Purper-Ouakil, “antes dos 3 anos, a família constitui, para a maior parte das crianças ocidentais, um referente social e um local de intercâmbio quase exclusivo”. Em contrapartida, os autores referem que, na adolescência, há uma substituição dos pais pelos pares, ao afirmarem que: “A família (ambiente familiar partilhado) é a fonte de influência mais importante durante a infância, em contrapartida, na adolescência, é o ambiente não partilhado (extrafamiliar) que terá a influência mais forte, nomeadamente a partir do grupo de pares”. Cf. Grégory Michel/ Diane Purper-Ouakil, **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**, trad. de Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 196 e p. 208.

<sup>270</sup> V. artigo 67º da CRP e artigo 226, *caput* da CRFB.

<sup>271</sup> Cf. Martha Craven Nussbaum, **Educação e Justiça Social**, trad. de Graça Lami, Mangualde: Editora Pedago LDA, 2014, p. 123.

desdobramentos, como é o caso da garantia do direito à convivência familiar, ultrapassa a esfera privada, posto que, além de ser um direito de todas as crianças e adolescentes, também figura como um dever estatal<sup>272</sup>, mormente em se tratando de Estados que consagraram expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em suas Cartas<sup>273</sup>. Em que pese esta proteção de caráter global, devemos proteger a família da “politização”<sup>274</sup>, de modo a evitar que seja despida da sua real importância para servir como pauta de programas partidários.

Nesta toada, a CRP e a CRFB passaram a conceder maior destaque à família, através da previsão de diversos dispositivos que sobre ela versam, passando a enxergar o ser humano inserido em um contexto social e familiar<sup>275</sup> e não mais isoladamente. Assim sendo, ambas as Cartas Magnas têm em comum a perspectiva da família como base ou elemento fundamental da sociedade e também o fato de assegurarem o direito ao desenvolvimento da personalidade do ser humano<sup>276</sup>. No âmbito internacional, podemos sublinhar que o direito à proteção da família encontra-se positivado no artigo 16º da DUDH, no artigo 17º da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como nos artigos 8º e 12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Apesar de os mais belos romances da História terem sido baseados em enredos que envolviam crianças sem família<sup>277</sup>, não é necessário muito esforço para tentar compreender o impacto nocivo da ausência de convivência familiar ou mesmo o impacto de uma família com

<sup>272</sup> Também neste sentido, Cf. David William Archard, *Children, Family and the State*, Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2003, p. 117. O autor defende que o Estado e as entidades públicas desempenham o papel de reforçar os deveres de proteção dos direitos das crianças, de forma que as gerações atuais possam determinar o perfil das gerações futuras (tradução nossa).

<sup>273</sup> A CRP de 1976, na esteira de muitas outras Constituições de Estado de Direito Democrático pós-Segunda Guerra Mundial, adotou o conceito de dignidade da pessoa humana como princípio estruturante da República portuguesa. Para além da previsão do princípio geral da dignidade da pessoa humana no art. 1º da CRP, verificamos que tal princípio está presente em dispositivos constitucionais esparsos, como, por exemplo, nos art. 26º n.º 2 e 3 e art. 67º, n.º 2. Da mesma forma, no contexto brasileiro, a dignidade da pessoa humana figura como princípio fundamental da República, como estatui o inciso III do art. 1º da CRFB/88, inspirando, pois, todo o ordenamento jurídico vigente. Na seara da proteção da família, das crianças e dos adolescentes, o termo dignidade reaparece no parágrafo 7º do artigo 226 e no *caput* do artigo 227 da CRFB, especificamente no título VIII, capítulo VII, que trata da proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Não é por outra razão que há menção ao referido princípio em uma extensa gama de decisões judiciais.

<sup>274</sup> Neste sentido, adverte-nos José Melo Alexandrino. Cf. José Melo Alexandrino, *O Discurso dos Direitos*, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 136.

<sup>275</sup> Cf. Jorge Miranda, “Sobre a relevância constitucional da família”, in *Revista Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro*, tomo LXIV, n.º 338, Braga: Editora Universidade do Minho, 2015, p. 267.

<sup>276</sup> Sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade, v. artigo 26, n.º 1 da CRP.

<sup>277</sup> Nesta esteira, Boris Cyrulnik observa que: “Os mais belos romances familiares foram escritos por crianças sem família: *Oliver Twist*, *David Copperfield*, *Hector Malot*, *Les Deux Orphelines* e, recentemente, *Jean-Luc Lahaye*”. V. Boris Cyrulnik, *Sob o signo do afecto*, Lisboa, Instituto Piaget, 1989, p. 253.

sérios desequilíbrios<sup>278</sup> para o desenvolvimento da personalidade de qualquer pessoa. Apenas a título exemplificativo, não podemos ignorar que muitos casos de dificuldade de aprendizagem são gerados por uma ausência ou deficiência de estímulos e cuidados essenciais nos primeiros anos de vida das crianças<sup>279</sup>, ao mesmo tempo em que a má gestão familiar pode ser um fator influenciador da delinquência juvenil, embora não seja a sua única causa<sup>280</sup>. Não por outro motivo Boris Cyrulnik apregoa que “sabemos quem somos olhando para de onde vimos”<sup>281</sup>. Isto porque é somente a partir do nosso relacionamento com outras pessoas, principalmente com a nossa família, que passamos a moldar a nossa personalidade, a equilibrar a razão com os afetos e a tecer a nossa visão de mundo<sup>282</sup>. Para além disto, há estudos<sup>283</sup> que demonstram que um

---

<sup>278</sup> Madalena Alarcão pontua que, embora a família seja, em sua gênese, um local de realização afetiva e de segurança, diversos estudos empíricos atestam que, justamente em razão do caráter de intimidade e privacidade do qual ela desfruta, não raro, torna-se também um sistema fonte de conflitos. Como exemplo de desequilíbrios familiares, a autora faz menção aos maus tratos direcionados às crianças. Como consequências nefastas destes maus-tratos, em termos socioemocionais, a autora cita o desenvolvimento das relações interpessoais pautados por um padrão de vinculação desorganizado, pelo temor, pela desconfiança em relação a terceiros, assim como pela autodesvalorização, a variar de acordo com a idade da criança. Cf. Madalena Alarcão, **(Des) equilíbrios familiares. Uma visão sistêmica**, 3ª edição, Coimbra: Editora Quarteto, 2006, pp. 298-303.

<sup>279</sup> V. Maria Elizabeth da Silva, **Desenvolvimento Psicológico na Infância. Uma incursão aos segredos da construção da personalidade infantil**, 1ª ed., São Paulo: Editora Cia do E-book, 2018, versão E-book do Kindle, p. 749.

<sup>280</sup> Cf. Edilene Dias Vermieiro Balbino, **Gestão Familiar & Delinquência Juvenil. Ensaio criminológico no direito brasileiro e português**, Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010, p. 87.

<sup>281</sup> V. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, p. 267.

<sup>282</sup> Sobre a relação entre o autoconhecimento e os laços construídos com terceiros e, principalmente, com a família, Boris Cyrulnik afirma: “Finalmente, na nossa cultura da personalização, a resposta à pergunta: “A quem pertence à criança?”, seria: “A si mesma!” Esta resposta amável não tem sentido, visto que o filho de ninguém se torna ninguém. Precisa de alguém para se tornar alguém. Um recém-nascido que não pertence está condenado a morrer ou a desenvolver-se mal. Mas uma criança que pertence está condenada a deixar-se moldar por aqueles a quem pertence. O prazer de nos tornarmos nós mesmos, de sabermos quem somos, de onde vimos, como gostamos de viver, passa pelo laço que tecemos com os outros”. V. Boris Cyrulnik, **Nutrir os afectos**, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 118.

<sup>283</sup> Boris Cyrulnik destaca que, em um destes estudos, foi realizada uma comparação entre crianças de tenra idade divididas em dois grupos: crianças com família e crianças abandonadas, quando deixadas em uma instituição. Neste sentido: “Tivemos ocasião de observar, numa instituição, crianças abandonadas, entre os dois e os seis meses de idade, com outras crianças familiarizadas, que os pais davam a guardar durante o dia. (...) Uma vez inventariados os perfis de vinculação, o etólogo observa dois acontecimentos inevitáveis: a partida da pessoa de vinculação e o seu regresso para junto da criança. As crianças abandonadas manifestaram comportamentos de vinculação claramente mais intensos do que as crianças familiarizadas: grandes angústias perante o estranho, grandes aflições com a partida da pessoa de vinculação e grandes alegrias no seu regresso. As crianças familiarizadas, por seu turno, tinham adquirido uma estabilidade: a sensação de permanência do objeto exterior que reencontravam a horas fixas. Esta estabilidade do mundo exterior, apresentada pela pessoa de vinculação, constitui a base biológica da identidade, a aquisição da permanência, o sentimento do estável. Mesmo quando a mãe, os objectos do quarto ou o mundo habitual se desorganizam, a criança sabe que voltarão à hora fixa e este ritmo exterior tranquiliza-a e desenvolve nela esse sentimento de permanecer idêntica, enquanto o mundo varia. Para a criança familiarizada, a mudança, o estranho e o mundo exterior tornam-se, então, acontecimentos interessantes. A criança sem família vive num mundo imprevisível. Em seu redor não há esse ritmo, esse regresso da mesma voz, do mesmo cheiro, do mesmo quarto, da mesma canção que desenvolve nela um sentimento de permanência. Qualquer mudança a lança no desconhecido. Enquanto a criança familiarizada se diverte, a criança da rua angustia-se. Tem de ir à procura de um objeto tranquilizante ou de um substituto de vinculação (...) As crianças sem família sentem dificuldade em estruturar o tempo da sua história. Não esquecem os acontecimentos, contam-nos mesmo com uma grande acuidade emotiva, simplesmente enganam-se na data”. V. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, pp. 262-263.

vínculo parental saudável, sobretudo nos primeiros anos de vida da criança, tem influência no desenvolvimento da personalidade, eis que resulta, na maioria das vezes, em adultos com menos problemas individuais e coletivos<sup>284</sup>. Já vimos que os primeiros anos de vida de uma criança são decisivos para o desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que será neste período que serão formadas as experiências afetivas que ficarão impressas na memória e que influenciarão sua maneira de ser<sup>285</sup>. E estas experiências afetivas decorrerão, sobretudo, da qualidade da convivência familiar que a criança venha a experimentar. É nesta fase da vida que a função dos cuidadores assume especial importância para a construção da personalidade do sujeito. A partir do momento em que é à família que cabe a função primária de cuidar da criança, atendendo às suas necessidades físicas e emocionais, será ela (a família) um fator determinante na construção da sua personalidade.

Se estamos a afirmar que os direitos fundamentais têm a sua fonte na dignidade da pessoa humana e se estamos também a afirmar que ambas as Constituições objeto deste trabalho consagram o direito fundamental a ter a uma família e a com ela conviver e que esta convivência

---

<sup>284</sup> Neste sentido, Cf. Edilene Dias Virmieiro Balbino, **Gestão Familiar & Delinquência Juvenil. Ensaio criminológico no direito brasileiro e português**, Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010, p. 76. Neste mesmo sentido, ressaltando a importância dos afetos e da família na formação da personalidade, Cf. também Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 312-313. Grégory Michel e Diane Purper-Ouakil destacam que as atitudes parentais e o estilo educativo são normalmente considerados fatores importantes para o desenvolvimento da personalidade das crianças. Apesar de ressaltarem a dificuldade de retirar conclusões precisas a partir dos inúmeros trabalhos científicos que suscitam uma relação de causalidade entre os estilos de afeto e psicopatologias desenvolvimentais, em razão da falta de um número suficiente de estudos longitudinais neste sentido, os autores não descartam esta relação causal. V. Grégory Michel/ Diane Purper-Ouakil, **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**, trad. Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, pp. 188-195.

<sup>285</sup> Giselle Groeninga estabelece como condição para que a criança forme uma personalidade equilibrada e desenvolva o seu potencial o atendimento às suas necessidades físicas e psíquicas, salientando a influência recíproca entre mente e corpo. Neste sentido, a autora acrescenta: “Estão incluídos nos Direitos da Personalidade o direito à integridade física e psíquica e, no que tange às necessidades psíquicas, como será apontado, este direito está intimamente relacionado à convivência familiar, tal qual preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA- e no art. 226 da Constituição Federal do Brasil. Assim, é necessário para o desenvolvimento da personalidade o atendimento às necessidades físicas e psíquicas, sendo que para isto se faz mister contemplar a convivência que permite o desenvolvimento da personalidade”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 313. Ressaltamos apenas que, devemos ter cautela com a utilização do termo “decisivo”, pois, muito embora os primeiros anos da vida de qualquer criança sejam considerados decisivos ou determinantes, isto não significa que, posteriormente, na idade adulta, a criança não adquira a capacidade de resiliência de forma a ultrapassar eventuais experiências negativas nestes primeiros anos. Sobre este aspecto, a afirmação de Boris Cyrulnik nos parece pertinente: “(...) Os acontecimentos da vida das crianças da rua evocam a metáfora do jogo de xadrez de Anna Freud. Quando lhe falavam de determinismo alienante da psicanálise, respondia: “Os primeiros anos de vida são como as primeiras jogadas de uma partida de xadrez, definem a orientação e o estilo de toda a partida, mas desde que não nos tenham feito xeque-mate, ainda nos restam algumas boas jogadas”. V. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, p. 257.

é essencial para o desenvolvimento da personalidade do ser humano, em especial, para o desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes, inevitavelmente, chegaremos à conclusão de que, tanto o direito à convivência familiar, como o direito ao desenvolvimento da personalidade encontram fundamento direto na dignidade da pessoa humana, que se encontra no topo de toda a estrutura normativa dos ordenamentos jurídicos abordados. Mas, há ainda a possibilidade de chegarmos a uma outra conclusão: se a dignidade da pessoa humana e a convivência familiar estão relacionadas, as normas que versam sobre este direito fundamental não têm por escopo garantir qualquer convivência familiar. É necessário que esta convivência familiar se dê em um ambiente e em termos que atendam à dignidade das crianças e adolescentes titulares deste direito. Tanto assim é que, é justamente esta assertiva que justifica a previsão ínsita no artigo 36º, n.º 6 da CRP, que prega a possibilidade de separar os filhos dos pais, se estes não cumprirem com seus deveres fundamentais para com aqueles, desde que mediante decisão judicial. Na medida em que não cumprem com seus deveres fundamentais, que, por sua vez, dizem respeito às responsabilidades parentais, os genitores não estão a garantir condições para que os seus filhos vivam dentro de parâmetros de dignidade humana, motivo pelo qual, neste caso, está autorizada a separação entre pais e filhos, ainda que excepcionalmente.

Feitas estas considerações, finalizaremos este capítulo julgando ter demonstrado a necessária relação entre os três fatores apontados no início do tópico 2.3, a saber, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade e a família. Nenhum destes fatores pode existir sozinho, já que a relação é de dependência recíproca. Não há, pois, como conceber a dignidade da pessoa humana sem o desenvolvimento da sua personalidade. Da mesma forma, não é possível imaginar como a dignidade humana de qualquer pessoa poderá ser preservada sem que ela tenha a oportunidade de ter uma família ou, ao menos, uma referência familiar, assim como não há desenvolvimento de qualquer personalidade sem uma base familiar.

Para demonstrar a importância e a atualidade do tema debatido neste capítulo, abordaremos rapidamente dois julgados que, de alguma forma, estabelecem uma relação entre a convivência familiar e, conseqüentemente, o afeto, com o desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo na infância, tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

O primeiro julgado é um acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04/11/2013 (Processo n.º 10588/10. 2TBVNG. P1)<sup>286</sup>, que, dentre outros aspectos, destaca as referências primárias, consubstanciadas nos comportamentos dos genitores, como determinantes para a estruturação da personalidade infantil. O acórdão ressalta a prevalência do direito à infância, com dignidade e apoio, nos moldes tutelados no artigo 69º da CRP, quando em confronto com os interesses dos próprios genitores. O julgado salienta que a infância é a época da vida determinante para a estruturação da personalidade humana, de modo que constitui dever inerente ao conteúdo das responsabilidades parentais o sacrifício a algumas vontades e sentimentos próprios dos genitores em prol da garantia do direito fundamental da criança de crescer com harmonia e com o mínimo de segurança e apoio nas suas primeiras referências, fatores estes que, em última análise, servirão de alicerce para uma personalidade equilibrada, sob pena de disfunções irreversíveis.

O segundo julgado diz respeito ao Recurso Especial n.º 1481531/SP<sup>287</sup>, de 16/02/2017, do STJ brasileiro. O acórdão estabelece uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como uma relação entre a convivência familiar e o desenvolvimento da personalidade infantil. De acordo com as conclusões do aresto, quando se trata de proteger o interesse da criança, o Poder Judiciário está vinculado ao dever de utilizar todos os mecanismos processuais existentes para a garantia da convivência familiar, dentre os quais, o direito à visitação, que tem como fim garantir a convivência do filho com o genitor não guardião, fortalecendo os laços afetivos e atendendo às necessidades imateriais da criança, em cumprimento ao preceito constitucional.

---

<sup>286</sup> Processo n.º 10588/10. 2TBVNG. P1; Tribunal da Relação do Porto- 5ª Secção; Relator: Ana Paula Carvalho; Responsabilidades parentais. Direito à infância; Apelação. Data do acórdão: 04/11/2013. Ementa: “I - O direitos dos menores (...), tutelado igualmente no artº 69º da Constituição da República Portuguesa – direito à infância, indubitavelmente prevalecem sobre interesses e direitos dos seus progenitores. II - É inerente à natureza humana que um pai, ou uma mãe, concedam os seus próprios interesses em benefício da estabilidade emocional e psicológica do filho. III - Não se trata, sequer, de abdicar dos seus direitos mas, primordialmente, de cumprir os seus deveres. IV - Ser pai, ou mãe, é também manifestar naturalmente este comportamento, sacrificando os seus naturais sentimentos e anseios, em homenagem aos direitos fundamentais de uma criança crescer com segurança e apoio nas suas referências primeiras como são os comportamentos dos progenitores no que à sua própria pessoa respeita”.

<sup>287</sup> STJ- REsp 1481531/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira turma, julgado em 16/02/2017, DJE de 07/03/2017: “Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Recurso interposto na égide do CPC/73. Família. Direito de visitação. Direito fundamental do visitante e do visitado. Acordo homologado pela justiça. Execução. Obrigação de fazer. Fixação preventiva de astreintes para a hipótese de eventual descumprimento imotivado do regime de visitação. Possibilidade. Recurso Especial não provido”. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num\\_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF) (Acesso em 08/09/2020).

O acórdão ressalta, ainda, a possibilidade de aplicação das *astreintes*<sup>288</sup> nas hipóteses de descumprimento do regime de visitas por parte de um dos genitores, na medida em que se mostra um instrumento eficiente e menos drástico para a garantia do direito à convivência familiar e, em última análise, para o desenvolvimento da personalidade da criança.

### 3. PRINCIPIOLOGIA ESPECÍFICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Para que possamos desenvolver a temática da convivência familiar como um direito fundamental, optamos por partir de algumas premissas essenciais, já que a construção da ideia que constitui o objeto do nosso trabalho está atrelada a alguns princípios que podem contribuir para a “densificação criativa e dinâmica”<sup>289</sup> do direito que passaremos a defender. No capítulo 2, já tivemos a oportunidade de ver que o direito das crianças<sup>290</sup> está impregnado das premissas do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, relaciona-se diretamente com a ideia de desenvolvimento da personalidade e de autonomia. Assim, em uma fase histórica como a que vivemos atualmente, em que, ao menos na teoria, há uma tentativa constante de se atribuir valor à dignidade da pessoa humana, eventual interpretação que tenha por objetivo inviabilizar qualquer projeto pessoal do ser humano há que ser considerada divorciada deste princípio<sup>291</sup>. É exatamente neste sentido que ganham força os diversos princípios<sup>292</sup> que gravitam em torno

<sup>288</sup> Termo oriundo de instituto originário do Direito francês e utilizado para designar a “multa diária pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo, fundado em título judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua prestação”. Cf. Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 1999, p. 211.

<sup>289</sup> Cf. Helena Bolieiro, “O Direito da Criança a uma Família. Algumas reflexões”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 100.

<sup>290</sup> Partilhamos do entendimento de Maria Margarida Silva Pereira, para quem, embora intrinsecamente ligados, o Direito das Crianças e o Direito da Família não se confundem. Neste diapasão, o Direito das Crianças possui autonomia juscientífica, basicamente por dois fundamentos principais: identificação da dogmática específica dos temas das crianças e a demonstração da importância do estudo das crianças e suas especificidades. Neste sentido, cf. Maria Margarida Silva Pereira, *Direito da Família*, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 185.

<sup>291</sup> Cf. Luciano Campos de Albuquerque, *O Exercício dos Direitos dos Incapazes. Uma leitura a partir dos princípios constitucionais*, 1ª ed., Curitiba: JM Editora, 2011, pp. 83-84.

<sup>292</sup> Sobre os princípios, Rúben Ramião observa que, logo após os horrores do período pós II Guerra Mundial, de certo modo, chancelados pelo positivismo jurídico, constatou-se que o Direito não mais poderia ficar alheio a questões de justiça, motivo pelo qual o jurista moderno descobriu nos princípios uma espécie de normas que servem de elo entre a justiça e o mundo normativo, tornando, pois, a Constituição um sistema valorativo e aberto. Neste sentido, Cf. Rúben Ramião, “A Teoria dos Princípios”, in *O Direito*, A. 146, n.º 4, Lisboa, 2014, p. 973. p. 1029. Acreditamos que foge ao propósito deste trabalho esmiuçar as diversas teses relativas à relação entre os princípios e as regras, sejam aquelas que atribuem a uma questão quantitativa a diferença entre princípios e regras, sejam aquelas que atribuem tal diferença a uma questão qualitativa ou estrutural. Para uma exposição detalhada acerca das teorias doutrinárias acerca das diferenças ora citadas, cf. Rúben Ramião, *Op. cit.*, pp. 976-1028. Desde já, esclarecemos que adotamos a concepção de que a diferença entre regras e princípios é estrutural ou qualitativa, já que ambas são normas.



do direito das crianças e dos adolescentes, na medida em que têm não só a função de orientar a atuação do legislador interno e auxiliar na interpretação e na integração da lei, a ser exercida pelo julgador e pelo administrador, mas também no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados<sup>293</sup>. Desta forma, na medida em que são dotados de força vinculante, os princípios consagrados pela CDC acarretam “duas dimensões de vinculação”<sup>294</sup> para o legislador constituinte dos Estados-Partes e, por consequência, para o legislador ordinário de cada um destes países. São muitos os princípios em questão, tanto nas fontes internacionais, como nos ordenamentos jurídico-constitucionais internos de cada um dos países ora abordados. Entretanto, para evitar delongas em tópicos que, embora importantes, fogem ao nosso tema central, centraremos-nos em quatro princípios de natureza fundamental assim denominados pelo Comitê dos Direitos da Criança<sup>295</sup>, que, ainda que por via oblíqua e em diferentes graus, desaguarão no direito à convivência familiar, bem como no princípio da prevalência dos laços familiares, este último plasmado na legislação interna de ambos os países.

No que se refere à origem das suas normas, os direitos das crianças são dotados de um traço de “heterogeneidade”<sup>296</sup>, já que previstos, concomitantemente, em fontes internacionais e internas (Constituição e leis ordinárias). A identificação de princípios internacionais afetos

<sup>293</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 66. Embora o autor não se refira à função dos princípios de cariz internacional plasmados na CDC, mas sim à função exercida pelos princípios constitucionais com relevo jusfamiliar na CRP, entendemos que, embora em planos diferentes e com algumas adaptações, os princípios consagrados pela CDC exercem o mesmo tipo de função perante o ordenamento jurídico interno de ambos os países.

<sup>294</sup> A expressão é utilizada por David Duarte, quando se refere à cobertura principiológica que a Constituição da República portuguesa faz das regras que regem as relações jurídico-familiares. Embora em planos diferentes, entendemos que a mesma vinculação aplica-se aos princípios gerais previstos na Convenção com relação a ambas as Constituições abordadas e as respectivas legislações ordinárias. Neste sentido, mas referindo-se à CRP e à legislação ordinária portuguesa, o autor leciona: “(...) Para o legislador resultam, assim, duas dimensões de vinculação. Uma positiva, que determina a conformação das regras *infra* constitucionais com o quadro axiológico *apriorístico* e que está inscrito na decisão fundamental, obrigando o legislador, inclusive, a ter de promover, em alguns casos, a modificação do *status quo* no sentido de um determinado devir constitucional. Outra, negativa, que tem como efeito prototípico a proibição dirigida ao legislador de, na configuração das soluções materiais, contrariar o sentido das normas constitucionais. A preeminência dos princípios jurídicos do Direito da Família que têm assento na Constituição impõe, por outro lado, uma injunção interpretativa específica. Na descodificação dos enunciados linguísticos constantes dos preceitos *infra* constitucionais do Direito da Família dever-se-á não só conjugar o sentido das normas no seu contexto sistemático próprio como também, e mais que isso, enquadrá-las de acordo com as normas e princípios constitucionais relativos, de modo a obter uma unidade de sentido coerente, no cômputo do sistema jurídico global, com a orientação constitucional prevalecente”. Cf. David José Peixoto Duarte, “Perspectivas Constitucionais da Família”, in António Braga Félix, Joaquim António Pantoja Nazareth, Maria Teresa Ribeiro, David José Peixoto Duarte (Coord.), **Traços da Família Portuguesa**, Direcção-Geral da Família, 1994, pp. 83-84.

<sup>295</sup> A composição e as funções do Comitê da ONU sobre os Direitos da Criança estão definidas nos artigos 43º a 45º da CDC. Informações complementares sobre o Comitê também estão disponíveis em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/comite-dos-direitos-da-crianca?menu=direitos-humanos>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>296</sup> A expressão é de José Melo Alexandrino. Cf. José Melo Alexandrino, **O Discurso dos Direitos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 139.

aos Direitos das Crianças pode servir como um primeiro movimento no processo de integração dos sistemas normativos afins<sup>297</sup>. Como já tivemos a oportunidade de expor no capítulo 1, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 (CDC) foi o documento internacional que, para além de ter contado com a adesão maciça de países oriundos de diversos continentes, consagrou definitivamente a perspectiva da criança como sujeito de direitos<sup>298</sup>. A CDC figura como uma referência normativa fundamental, a partir do momento em que serve de mecanismo de interpretação das disposições constitucionais e das leis ordinárias que versam sobre os direitos da criança<sup>299</sup>. Assim, para que esta nova concepção atinente ao reconhecimento jurídico da criança como sujeito autónomo de direitos não se tornasse uma promessa vazia, a par da consagração expressa de alguns direitos fundamentais<sup>300</sup> à população infantojuvenil, a CDC enumerou expressamente diversos princípios também com o fim de tornar realidade tal objetivo. São estes princípios fundamentais e gerais, de observância obrigatória<sup>301</sup>, que devem

<sup>297</sup> Neste mesmo sentido, mas fazendo referência aos princípios internacionais de Direito Civil, cf. Rafael da Silva Santiago, “Princípios internacionais do Direito de Família”, in **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, A. 1, n.º 9, Lisboa, 2012, p. 5516.

<sup>298</sup> Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, número 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 30.

<sup>299</sup> Com este entendimento, Cf. Helena Bolieiro, “O Direito da Criança a uma Família. Algumas reflexões”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 100.

<sup>300</sup> Como exemplo da consagração de um direito fundamental na CDC, podemos citar o artigo 13º: “1 - A criança tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem considerações de fronteiras, sob forma oral, escrita, impressa ou artística ou por qualquer outro meio à escolha da criança.”. Quanto à consagração de direitos fundamentais na CDC, José Melo Alexandrino tece uma visão crítica acerca da corrente afirmação no sentido de que a CDC consagra direitos da criança, ao afirmar que estes direitos previstos na Convenção não são verdadeiros direitos, mas sim deveres dos diversos Estados que a ratificaram, bem como da Comunidade Internacional, já que, não raro, não há como o titular opor tais direitos ao destinatário, seja pelo próprio caráter da obrigação, seja por falta de mecanismos para o seu respectivo cumprimento. O autor complementa, argumentando que, na verdade, a principal função destas normas da CDC é a de viabilizar uma fiscalização acerca dos progressos obtidos por cada Estado nesta seara. Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, p. 293. Concordamos com o autor, na medida em que, basta olhar para a configuração da Convenção para perceber que, do início ao fim do texto, consagram-se diversos direitos à população infantojuvenil através da atribuição de deveres correspondentes aos Estados Partes. Tanto assim é que, em somente 24 dos seus 118 preceitos são enunciados direitos. É por esta razão que ganha relevância a função da CDC de monitorar os avanços obtidos pelos Estados no que tange ao cumprimento destes deveres, na área do direito das crianças. Ao enumerar tais deveres associados a direitos fundamentais, a CDC quis deixar clara a feição que pretendia dar às crianças e adolescentes a partir de então, qual seja, a de sujeitos de direitos, mas sem que isto implicasse necessariamente na atribuição de todos os mecanismos para o cumprimento efetivo destes deveres, o que normalmente incumbe à legislação interna de cada um dos Estados-Partes.

<sup>301</sup> Embora um tanto pleonástica, a expressão “princípio de observância obrigatória” foi por nós utilizada para deixar clara a nossa opção pela concepção de princípios trilhada por Robert Alexy no sentido de que estes são, na verdade, normas. É de amplo conhecimento a tese do autor no sentido de que as normas podem se consubstanciar em regras ou em princípios, cuja diferença entre si é qualitativa. Enquanto as regras são comandos específicos, os princípios são comandos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser satisfeitos em diferentes graus. Neste sentido, assevera o autor: “os princípios são requisitos de otimização, caracterizados pelo fato de que eles podem ser satisfeitos em graus variados e que o grau apropriado de satisfação depende não apenas do que é factualmente possível, mas também do que é legalmente possível. O escopo do legalmente possível é determinado por princípios e regras opostas. Em contraste, as regras são normas que são sempre preenchidas ou não. Se uma

orientar toda e qualquer decisão administrativa ou judicial relativa aos interesses das crianças. Portanto, em termos de instrumentos internacionais, os princípios fundamentais que orientam o domínio do direito das crianças, e, por consequência, também as questões que envolvem a convivência familiar, estão plasmados na Convenção Sobre os Direitos das Crianças.

Neste aspecto, ressaltamos que o Comitê dos Direitos da Criança, previsto na CDC, possui a função de monitorar o cumprimento dos deveres assumidos pelos Estados que ratificaram a Convenção, sobretudo através dos relatórios apresentados, mas também possui a função de apresentar conclusões, recomendações e comentários relevantes na área infantojuvenil. O Comitê também é dotado de competência para analisar queixas de particulares acerca de alegadas violações às disposições da CDC<sup>302</sup>. Assim, periodicamente, são elaborados Comentários Gerais que servem como guia de interpretação para determinados assuntos ou como padronização de entendimentos relativos a alguns tópicos relevantes. Em alguns destes Comentários Gerais elaborados pelo Comitê, mais especificamente, nos Comentários Gerais n.º 4 e 5<sup>303</sup>, o Comitê concluiu que a CDC traz em sua composição quatro princípios gerais<sup>304</sup>, quais sejam, princípio da não discriminação extraído do artigo 2º, princípio do superior

---

regra validamente se aplica, então o requisito é fazer exatamente o que ela diz, nem mais nem menos. Desta forma, as regras contêm pontos fixos no campo do factual e legalmente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Cada norma é uma regra ou um princípio”. Cf. Robert Alexy, **A Theory of Constitutional Rights**, trad. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 47-48 (tradução nossa).  
<sup>302</sup> Dentre os requisitos para a formulação das queixas perante o Comitê, para além do exaurimento de todas as vias internas de recursos disponíveis, está a exigência de elaboração da queixa por escrito e de forma não anônima. V. artigo 7.º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação, que trata da matéria nos seus artigos 5.º a 11.º. O texto deste Protocolo facultativo relativo está disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_sobre\\_direitos\\_crianca\\_relativo\\_instituicao\\_procedimento\\_comunicacao.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_sobre_direitos_crianca_relativo_instituicao_procedimento_comunicacao.pdf)>. Em janeiro de 2013, o Comitê adotou regras de procedimento específicas para a tramitação destas queixas. O texto destas regras procedimentais está disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-regrasprocedimentocomunicacoes.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>303</sup> O texto do Comentário Geral n.º 5 do Comitê dos Direitos da Criança está disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral5.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>304</sup> O Comentário Geral n.º 5 refere-se à expressão “princípios gerais”, ao passo que o Comentário Geral n.º 4 refere-se a “princípios fundamentais”. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral4.pdf>> e <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral5.pdf>> Acesso em 19 ago. 2019. Rosa Martins refere-se a princípios fundamentais. Neste sentido, Cf. Rosa Martins, “Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais”, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 32-33. Por sua vez, Helena Bolieiro afirma que, embora o Comitê dos Direitos da Criança tenha adotado a expressão “princípios gerais orientadores” da aplicação e implementação do quadro jurídico instituído pela CDC, a designação “princípios gerais” não é pacífica. A autora lança à reflexão o fato de que talvez não tenha sido observada a melhor técnica, a partir do momento em que o Comitê intitulou como princípios normas que, na realidade, seriam autênticos direitos, sistematizando conjuntamente realidades completamente distintas. Neste sentido, Cf. Helena Bolieiro, “O Direito da Criança a uma Família. Algumas reflexões”, in Armando Leandro/Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (org.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 99-100.

interesse da criança oriundo do artigo 3º, princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento estatuído no artigo 6º e o princípio do respeito pelas opiniões da criança, de acordo com o artigo 12º. Portanto, nesta linha de raciocínio, a CDC consagra um sistema aparelhado com uma principiologia específica voltada à primazia dos interesses infantojuvenis e que exerce a função de pautar todo o sistema jurídico-constitucional (Constituição e normas infraconstitucionais) de ambos os países abordados. Do mesmo modo que as normas infraconstitucionais enfrentam um “filtro constitucional”<sup>305</sup>, passando a ser lidas e compreendidas a partir dos valores plasmados na Constituição, elas também devem ser interpretadas e filtradas pelas normas presentes na CDC.

Para além de figurar como um instrumento jurídico internacional, não podemos olvidar que a CDC também integra o ordenamento jurídico interno português e o brasileiro<sup>306</sup>, por força do disposto nos artigos 8º, n.º 2 da CRP e artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da CRFB, na medida em que fora ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, bem como promulgada pelo Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990, respectivamente. Apesar de anteriores à CDC, a CRP e a CRFB/1988<sup>307</sup> também trouxeram em seu bojo a tônica da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, por força da sua característica especial de pessoas ainda em fase de desenvolvimento. Isto ocorreu porque a CDC foi fruto de uma construção paulatina, corolário de praticamente uma década de discussões e negociações entre diversos países, de modo que a CRP e a CRFB já tinham absorvido o clamor da sociedade no sentido da constitucionalização dos direitos infantojuvenis. Desta forma, a CDC veio a

<sup>305</sup> Neste sentido, Cf. Luciano Campos de Albuquerque, **O Exercício dos Direitos dos Incapazes. Uma leitura a partir dos princípios constitucionais**, 1ª ed., Curitiba: JM Editora, 2011, p. 66.

<sup>306</sup> O parágrafo 3º do artigo 5º da CRFB dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>307</sup> A CRFB/88 e a CRP/1976 encerram sistemas normativos que envolvem regras e princípios, sendo que, como já ressaltamos, atualmente, não há dúvida de que estes últimos possuem caráter normativo e devem ser compreendidos como “formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios”. Neste sentido, Cf. Emerson Garcia/ Rogério Pacheco Alves, **Improbidade Administrativa**, 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 96. Ainda com relação às regras e princípios, Humberto Ávila propõe uma dissociação por ele denominada de heurística, “na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de modelos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos”. O autor propõe uma classificação que comporta alternativas inclusivas, “no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”. Cf. Humberto Ávila, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 92. A despeito de não ignorarmos a diversidade de entendimentos oriundos do vasto tema relacionado à diferença entre regras e princípios, como este não constitui o objeto deste trabalho, não aprofundaremos a sua análise.

aperfeiçoar e a robustecer o grau de proteção dos direitos consagrados no âmbito constitucional destes países. Em razão da sua importância, alguns dos princípios fundamentais elencados foram reproduzidos nas legislações internas de ambos os países objeto do nosso estudo, como é o caso do princípio do superior interesse da criança, reproduzido no artigo 4º da lei n.º 147/99 (LPCJP) e no artigo 100, parágrafo único, inciso IV do ECA.

Para além da reprodução de alguns dos princípios fundamentais plasmados na CDC, as legislações internas dos países abordados consagram outros diversos princípios que também devem orientar os temas atinentes ao direito das crianças. Contudo, em que pese a multiplicidade de princípios, neste trabalho, optamos pela abordagem dos cinco princípios que consideramos fundamentais para a construção e compreensão do tema da convivência familiar. É que, como veremos, em última análise, todos estes princípios irão orientar e reforçar toda a estrutura normativa que envolve o direito à convivência familiar. Referimo-nos aos princípios fundamentais já citados e assim considerados pelo Comitê dos Direitos da Criança, bem como ao princípio da prevalência da família ou da manutenção dos vínculos familiares. Serão estes os princípios que nos servirão de norte durante todo o nosso percurso argumentativo. Os quatro primeiros princípios citados estão previstos na CDC, ao passo que o último está enunciado na legislação ordinária de ambos os países, a saber, a LPCJP, o RJPA e o ECA. É que, para que não nos afastemos do objetivo central deste trabalho, não nos será possível abordar todos os princípios atinentes à infância e à juventude constantes da legislação ordinária de cada um dos países citados, motivo pelo qual nos centraremos apenas nos princípios citados. E, ainda assim, como cada um dos princípios fundamentais abordados neste capítulo pode dar azo a uma infinidade de questões, optamos por abordar apenas aquelas que guardam relação mais próxima com a nossa temática. Pontuamos que, em razão da abordagem da temática atinente a princípios, inevitavelmente, tangenciaremos a abordagem da questão da ponderação de interesses, mas trataremos apenas de alguns aspectos que têm despertado maior atenção da jurisprudência, assuntos estes dos quais passaremos a nos ocupar a partir de agora.

### **3.1 Princípio da não discriminação**

#### **3.1.1 Fontes**

Na seara da infância e da juventude, o princípio da não discriminação, extraído do disposto no artigo 2º da CDC<sup>308</sup>, é imbuído de uma premissa de igualdade e traduz a ideia de que todos os Estados Partes têm o dever de respeitar e garantir a toda e qualquer criança ou adolescente o exercício dos direitos previstos na Convenção, sem qualquer espécie de distinção, seja esta em razão da raça, da cor, do sexo, do idioma, da crença ou da religião, da opinião política ou de outra índole, da origem nacional, étnica ou social, da posição econômica, de deficiências físicas, de seu nascimento ou de qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de representantes legais.

A consagração expressa do princípio da não discriminação não foi propriamente uma inovação da CDC, eis que vários documentos internacionais que figuraram como uma forma de resgate da dignidade da pessoa humana o proclamaram expressamente antes mesmo da promulgação das Constituições de Portugal e do Brasil, como foi o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que já consagrava o princípio, nos seus artigos 2º<sup>309</sup> e 7º<sup>310</sup>, assim como o artigo 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>311</sup> e o artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>312</sup>. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de

---

<sup>308</sup> Artigo 2º da CDC: “1- Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação. 2- Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de actividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família”.

<sup>309</sup> Artigo 2º da DUDH: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.

<sup>310</sup> Artigo 7º da DUDH: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

<sup>311</sup> Artigo 21º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade”.

<sup>312</sup> O artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos dispõe sobre o princípio da Proibição de discriminação, nos seguintes termos: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 28 jun. 2020.

novembro de 1959, também trazia este princípio explícito no texto do seu artigo 1º<sup>313</sup>. No âmbito americano, o princípio da não discriminação também já vinha expresso, desde 1969, nos artigos 1º<sup>314</sup> e 24º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Antes da CDC, as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) também já haviam consagrado expressamente e com destaque, em seus respectivos textos, o princípio da igualdade<sup>315</sup>. Assim sendo, mesmo que não estivesse expressamente previsto nas Constituições de ambos os países, o princípio da não discriminação ainda estaria presente na sistemática normativa de proteção infantojuvenil, posto que se consubstancia em uma consequência lógica e direta do princípio da igualdade, que traz ínsita a ideia de vedação de privilégios e de discriminações infundadas<sup>316</sup>.

No que tange às fontes internas do princípio da não discriminação, este também pode ser extraído de ambas as Cartas Magnas, precisamente na área que nos interessa, do artigo 69º, n.º 1 e do artigo 36º, n.º 4 da CRP, bem como do *caput* do artigo 227 da CRFB. Já em termos de legislação ordinária, o princípio da não discriminação pode ser extraído do disposto no artigo 3º, parágrafo único do ECA, posicionado na parte geral do diploma legal, que trata das disposições preliminares. O fato de este princípio não ter sido reproduzido expressamente com esta nomenclatura na legislação ordinária portuguesa que trata dos interesses infantojuvenis não

---

<sup>313</sup> Princípio 1º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959 adotada pela AGNU: “A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família”.

<sup>314</sup> Artigo 1: Obrigação de respeitar os direitos: “1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

<sup>315</sup> V. artigo 13º da CRP e artigo 5º, *caput* da CRFB.

<sup>316</sup> A dimensão deste trabalho e o seu objeto não nos permitem aprofundar a temática do princípio da igualdade, de peculiar importância em ambos os ordenamentos jurídicos, na medida em que é considerado um princípio de caráter estruturante na CRP (artigo 13º) e sistematizado como uma garantia fundamental na CRFB (artigo 5º, *caput*). Contudo, registamos as lições de Jorge Miranda, para quem “o sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e discriminações (...) Privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações, situações de desvantagem. Pressuposto, conexamente, o princípio da universalidade, privilegiadas são pessoas com direitos não atribuídos às demais pessoas ou às pessoas na mesma situação. Discriminadas são as pessoas a quem não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ônus, encargos não impostos às outras pessoas”. Cf. Jorge Miranda, “Sobre o princípio da igualdade”, in Antônio Pedro Barbas Homem/ Paulo Guerra (coord.), **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 53. Ainda com relação ao princípio da igualdade, Nagib Slaibi Filho leciona que, “vê-se, assim, que não se trata, na realidade, de igualdade de direitos, mas de dação de oportunidades iguais a todos- poder-se-ia dizer que o princípio tem o nome de igualdade de oportunidades”. Cf. Nagib Slaibi Filho, **Direito Constitucional**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 387.

equivale a afirmar que ele esteja ausente nas normas infraconstitucionais, já que toda a sistemática estabelecida pela legislação nos remete à ideia da vedação de qualquer tipo de discriminação dentre a população infantojuvenil. O princípio da não discriminação também apresenta reflexos no direito à convivência familiar, como, por exemplo, na igualdade que, a princípio, deve existir entre os genitores para o exercício das responsabilidades parentais, o que podemos inferir do disposto no artigo 1906, n.º 1 do Código Civil português, que determina o exercício em comum, por ambos os genitores, das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho.

Como outro exemplo de vedação à discriminação no ordenamento jurídico português, de forma mais específica, podemos citar também o disposto no artigo 3º do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro), que dispõe acerca da aplicação desta lei a todas as crianças e jovens que residam em território nacional, donde se conclui que, a princípio, todas elas têm capacidade para serem apadrinhadas, sem distinção. Para que não haja qualquer dúvida acerca do que estamos a afirmar, esclarecemos que o artigo 5º deste diploma legal apenas estipula como condições para esta capacidade passiva a existência de reais vantagens para a criança ou para o jovem e a inexistência dos pressupostos da medida de confiança com vista à adoção, desde que tenha sido aplicada à criança ou ao jovem uma medida de acolhimento em instituição ou qualquer outra medida de promoção e proteção ou, ainda, que esteja em situação de perigo confirmada em processo judicial ou de uma comissão de proteção de crianças e jovens. Todavia, a estipulação destas condições não revela qualquer prática de discriminação por parte do legislador, eis que são condições devidamente fundamentadas justamente no direito fundamental à convivência familiar. As limitações estabelecidas pelo legislador são na exata medida do necessário para assegurar o apadrinhamento àquelas crianças e jovens que têm o direito à convivência familiar impedido ou prejudicado por qualquer motivo, o que equivale a dizer que toda e qualquer criança (ou jovem), até os dezoito anos de idade, que resida em território nacional e esteja de alguma forma privada deste direito, terá capacidade de ser apadrinhada, sem qualquer tipo de distinção. Vejamos. Em primeiro lugar, a lei menciona o termo “crianças e jovens”, o que equivale a dizer que todos aqueles entre zero e dezoito anos de idade incompletos estão englobados no preceito legal, ou seja, têm capacidade passiva para serem apadrinhados. Em segundo lugar, a lei também menciona como condição o fato de o apadrinhamento civil apresentar reais vantagens para a criança ou o jovem. O legislador assim estipulou porque, a toda evidência, do mesmo modo que em todas as decisões judiciais ou administrativas que envolvam crianças e jovens, a decisão que determina um apadrinhamento



civil também deve atender ao superior interesse da criança, sendo o instituto revertido em seu benefício. Já a condição correspondente à ausência dos pressupostos da confiança com vista à adoção justifica-se pelo fato de a adoção ser entendida como um instrumento mais completo, eficaz e definitivo para assegurar o direito à convivência familiar a crianças e jovens<sup>317</sup> do que o apadrinhamento, como veremos mais adiante. Portanto, na medida em que o superior interesse da criança deve ser sempre atendido, em caso de existência dos pressupostos para aplicação da medida de confiança com vista à adoção, esta última medida teria primazia em detrimento do apadrinhamento. Tanto assim é que o n.º 2 do próprio artigo 5º da lei n.º 103/2009 ressalva que, nos casos em que se revele inviável a adoção de uma determinada criança, esta poderá ser apadrinhada mesmo se estiver a ser beneficiada por uma medida de confiança administrativa, medida de confiança judicial, medida de promoção e proteção de confiança à instituição com fins de futura adoção ou à pessoa selecionada para a adoção. Estas são as razões das limitações da capacidade passiva para o apadrinhamento, que, portanto, nada têm a ver com eventual discriminação entre crianças e jovens que vivenciam a mesma situação fática. Portanto, crianças e jovens na mesma situação fática (neste caso, a situação fática a que nos referimos é a de crianças e jovens menores de dezoito anos que residam em território nacional português e estejam privadas ou turbadas do seu direito à convivência familiar ou ameaçadas neste sentido, desde que não se verifiquem os pressupostos da medida de confiança com vista à adoção) devem receber o mesmo tipo de tratamento, ou seja, todas elas terão o mesmo direito a serem apadrinhadas, sem distinção de sexo, etnia, religião, escolaridade, classe social, idade, dentre outros tipos de distinções infundadas.

### 3.1.2 Conteúdo

Apesar de a consagração de direitos voltados às crianças, à partida e por si só, já traga em si a ideia de diferenciação destas dos demais grupos de pessoas,<sup>318</sup> trata-se de uma

---

<sup>317</sup> Para corroborar tal afirmação, recorremos às lições de Jorge Duarte Pinheiro, para quem o apadrinhamento seria um “*minus*” quando comparado à adoção e um “*plus*” relativamente à tutela. V. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 297. Todavia, o mesmo autor faz ressalvas quanto à euforia normalmente atrelada ao instituto da adoção. Portanto, embora conte com a adesão de grande parte da doutrina, não podemos afirmar que é unânime a assertiva no sentido de que a adoção é a melhor maneira de atender ao superior interesse da criança, já que há autores que a questionam. Questionando a afirmação de que a adoção seria a melhor forma de atender ao superior interesse da criança, Cf. Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in José Lebre de Freitas *et al*, **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Carlos Ferreira de Almeida**, vol. III, Coimbra: Editora Almedina, 2011, pp. 475-488.

<sup>318</sup> Neste tocante, José Carlos Vieira de Andrade pontua que tais diferenciações em determinados estratos da população, como por exemplo, em razão da idade, são permeadas por um critério formal e não discriminatório,

diferenciação devidamente fundamentada na sua condição peculiar de seres humanos ainda em desenvolvimento e, portanto, com menos chances de, sozinhos, fazerem valer seus direitos. Destarte, não há que se falar em discriminação das demais pessoas que não estão na circunscrição do grupo infantojuvenil. Nas lições de Maria Lúcia do Amaral, discriminar significa “estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento, não num juízo, mas num pré-juízo sobre aquilo que as distingue e sobre as características que formam a sua identidade”<sup>319</sup>. Ainda de acordo com as lições da mesma autora, o conteúdo do princípio da igualdade envolve duas “facetas essenciais”<sup>320</sup>, quais sejam, a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito de forma igual e a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo Direito não de modo igual, mas como iguais. Portanto, entendemos que é com base nesta segunda faceta que se ampara o Direito das Crianças, qual seja, a faceta que percebe a igualdade como diferença fundamentada ou razoável. Ademais, tanto o princípio da não discriminação, como o princípio da igualdade são corolários da dignidade da pessoa humana, já que é pressuposto que indivíduos em situações iguais sejam tratados igualmente<sup>321</sup>. A par disto, vislumbramos uma articulação entre a igualdade e a universalidade, na medida em que esta última pressupõe a ideia de que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais. Na medida em que a universalidade é uma das características inerentes aos direitos fundamentais<sup>322</sup>, podemos afirmar que estes são direitos de todas as pessoas e, conseqüentemente, também são direitos de todas as crianças.

Pela redação do próprio artigo 2º, n.º 1 e 2 da CDC, podemos perceber que o princípio da não discriminação envolve dois tipos de deveres estatais, quais sejam, o de respeito e o de promoção de direitos. O dever de respeito possui uma dimensão negativa, no sentido de que os Estados devem respeitar ou se abster de qualquer ação tendente a discriminar qualquer criança ou adolescente em razão daqueles fatores citados (artigo 2º, n.º 1 da CDC). Da mesma forma,

---

acrescentando que tal critério formal está “de acordo com o senso comum, por razões de certeza, segurança e praticabilidade”. Cf. José Carlos Vieira de Andrade, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 130.

<sup>319</sup> Cf. Maria Lúcia Amaral, “O Princípio da igualdade na Constituição portuguesa”, in Jorge Miranda (Coord.), **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 41.

<sup>320</sup> *Ibidem*. p. 38.

<sup>321</sup> Embora este trabalho não seja o cenário adequado para digressões acerca das várias *nuances* do princípio da igualdade, tencionamos apenas registrar que nos referimos à igualdade material, relacionada à dimensão da igualdade “entendida, não como indiferenciação jurídica entre as pessoas, mas como exigência de existência de diferenças fundamentadas entre elas”. Cf. *ibidem*, p. 39.

<sup>322</sup> Cf. José Melo Alexandrino, “Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária”, in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, pp. 300-301.

também podemos perceber uma dimensão positiva no dever estatal, já que o n.º 2 do artigo 2º também prega expressamente que os Estados Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação. Portanto, não basta que o Estado se abstenha de praticar atos discriminatórios, posto que também deve criar condições efetivas para que seja estabelecida a igualdade entre todas as crianças e adolescentes<sup>323</sup>.

Para finalizar este tópico, ainda na esfera do princípio da não discriminação, abordaremos rapidamente dois temas que têm suscitado discussão nos tribunais e no ambiente acadêmico, através da menção a dois julgados. O primeiro acórdão<sup>324</sup>, do Tribunal da Relação de Lisboa, diz respeito à igualdade entre os genitores quando está subjacente a colisão de vontades destes quanto à escolha da religião do filho. No acórdão mencionado, a situação fática girava em torno do seguinte: Em razão da recusa do genitor relativa a uma decisão considerada como sendo de particular relevância na vida da filha, a mãe de uma determinada criança de apenas dois anos de idade intentou perante o juízo *a quo* um incidente de resolução de diferendo entre os pais relativo à questão de particular importância atinente à filha de ambos. O pleito versava, pois, sobre uma autorização para batizar a filha sob o rito da Igreja Católica, religião escolhida pela genitora. O pai adotou como motivo da recusa a alegação de que não era propriamente contra o batismo da criança, já que também adotava a religião católica, mas tão somente que entendia não ser aquele o momento propício para batizar a filha, diante da relação

---

<sup>323</sup> Neste sentido, Jorge Miranda aduz que “não se trata de resto, apenas de proibir discriminações. Trata-se também de proteger as pessoas contra discriminações (...)”. Cf. Jorge Miranda, “Sobre o princípio da igualdade”, in Antônio Pedro Barbas Homem/ Paulo Guerra (coord.), **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 53. Ainda sobre o princípio da não discriminação, insta registrar que, nas Observações Finais elaboradas com base no 3º e 4º relatórios periódicos apresentados por Portugal ao Comitê dos Direitos da Criança, o Comitê manifestou satisfação com a adoção de diversas medidas pelo Estado português para o combate à discriminação. Todavia, no item 26º das Observações Finais, à luz do artigo 2º da Convenção, o Comitê recomendou que “o Estado Parte assegure a todas as crianças no Estado Parte o gozo dos mesmos direitos nos termos da Convenção, sem discriminação, e para tal: (a) Intensifique esforços para garantir a eliminação efetiva de todas as formas de discriminação contra os filhos de imigrantes, estrangeiros, de minorias étnicas e raciais, incluindo a minoria cigana e pessoas de origem africana, bem como contra adolescentes lésbicas, homossexuais, bissexuais e transexuais, através, designadamente, de campanhas de sensibilização e diálogo intercultural, em especial ao nível da comunidade e nas escolas; e (b) Reforce a formação dos agentes encarregues da aplicação da lei para garantir que respeitam integralmente e protegem os direitos fundamentais de todas as pessoas, sem discriminação com base na raça, cor ou origem étnica ou nacional, e garanta que eles sejam responsabilizados por má conduta e adequadamente punidos”. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc\\_recomendacoes\\_a\\_portugal.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc_recomendacoes_a_portugal.pdf)>. Acesso em 17 out. 2019.

<sup>324</sup> Trata-se do Acórdão relativo ao processo nº 2366/09.8TMLS-B.L1-2; Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Jorge Leal; Data do Acórdão: 21/06/2012; Meio processual: Apelação. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3784e8ede0c4712d80257a80003e55a8?OpenDocument&Highlight=0,2366%2F09.8TMLS-B.L1-2>>. Acesso em 14 out. 2020.

conturbada entre os genitores e o clima de hostilidade então existente entre as duas famílias naquela altura. Acrescentou o genitor que o batismo da filha não era um fator essencial para a sua educação e para o seu desenvolvimento enquanto cidadã, mormente porque as questões religiosas dizem respeito somente ao foro moral, sendo, portanto, alheias ao âmbito jurídico. Por fim, aduziu que, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de consciência, religião e culto, não é possível impor uma religião a quem quer que seja, tampouco a uma criança, que sequer tem capacidade para expressar livre e conscientemente a sua vontade neste tocante. O juízo *a quo* decidiu pela concessão da autorização para que a genitora realizasse o batismo pela religião católica sem a autorização paterna, motivo pelo qual o genitor intentou o recurso que deu origem ao acórdão ora em análise. Na razões recursais, o genitor reiterou as questões outrora aduzidas e acrescentou que educação religiosa e a profissão de uma religião são conceitos distintos, motivo pelo qual, tendo as responsabilidades parentais sido atribuídas a ambos os pais em conjunto, não pode qualquer deles decidir sozinho questões de particular importância na vida do filho, tais como, educação, educação religiosa e profissão de religião. Deixemos de lado as questões processuais, já que estas não são essenciais para o objeto do nosso trabalho, bem como a valoração da escolha da religião como uma questão de particular importância na vida do filho, já que este último aspecto era fato incontroverso nos autos, e passemos diretamente à questão de fundo.

O tribunal *ad quem* entendeu pela confirmação da sentença recorrida, ao argumento de que o superior interesse da criança em causa não seria prejudicado com o batismo pretendido. Ao revés, neste caso, o batismo iria ao encontro do interesse da criança, que tem o direito de ser educada em harmonia com as convicções religiosas dos seus pais, o que viria até mesmo a reforçar os laços filiais. Entendeu também pela inexistência de qualquer ofensa ao princípio da igualdade que deve pairar entre os genitores, já que a decisão seria a mesma caso fosse o genitor a pleitear o batismo. Ademais, o tribunal considerou que a decisão recorrida não impôs o batismo da criança, mas tão somente se limitou a autorizar a genitora a diligenciar no sentido deste sacramento se assim quisesse, independentemente do consentimento do genitor. Para além disto, o tribunal entendeu que a decisão impugnada nada determinou à Igreja Católica, cabendo aos membros do clero avaliar se estavam presentes as condições para o batismo de acordo com os preceitos da Igreja, nomeadamente no que tange à ausência de consentimento do pai da criança. Contudo, houve a prolação de um voto vencido no sentido do provimento do apelo, argumentando-se, em suma, que há uma clara diferença entre ensino religioso e a profissão de uma religião. Estando em causa a profissão de uma religião, na medida em que os

genitores não foram capazes de se entender no tocante à escolha da religião da filha, caberá a cada um deles concorrer para transmitir os valores que entendam corretos à filha, independentemente de quais sejam, cabendo à filha, já munida destes valores e ensinamentos, decidir livremente quanto a este aspecto da sua vida.

O segundo acórdão decorre de uma situação fática relativamente comum, sobretudo na realidade portuguesa, qual seja, a dificuldade de inserção de alunos de etnias diferentes no sistema de ensino nacional. A discussão travada no acórdão<sup>325</sup> versa, portanto, sobre a inserção de crianças e adolescentes de etnia cigana no sistema de ensino português. Embora não esteja diretamente relacionada à convivência familiar, mas sim ao acesso ao direito fundamental à educação, a discussão é oportuna, na medida em que mostra como alguns tribunais têm manejado a colisão entre múltiplos direitos fundamentais através da ponderação de interesses, já que a própria CDC tutela direitos muitas vezes antagônicos entre si, quando passamos a analisar casos concretos. Para além de o caso analisado resvalar na definição do que seria o superior interesse da criança no caso concreto, tangencia também o princípio da não discriminação, assim como a ponderação entre o direito à educação e o direito à liberdade cultural.

A sentença atacada teve origem em um processo de promoção e proteção instaurado em razão de uma suposta situação de perigo consubstanciada em uma notícia de evasão escolar de uma adolescente, à época, com 14 anos de idade. No caso em análise, a adolescente enquadrava-se em idade cuja escolaridade é obrigatória e deixou de frequentar o oitavo ano em uma determinada instituição de ensino, por sua vontade, com o expresso apoio de seus pais, com quem ela vivia. Em justificativa, os genitores alegaram que, de acordo com a cultura vigente na comunidade cigana, ao atingirem a menarca, as menores são obrigadas a abandonar a escola para preservar a sua pureza. A sentença proferida em primeira instância considerou que a adolescente não se encontrava em situação de perigo que justificasse a intervenção judicial, ao argumento de que a adolescente desejava respeitar as tradições de seu povo, assim como os seus pais, que, apesar de terem consentido com o abandono escolar da filha, eram figuras protetoras. O tribunal *a quo* entendeu que o respeito à cultura da etnia cigana devia se

---

<sup>325</sup> V. Acórdão n.º: 783/11.2TBBRR.L1-1 do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Afonso Henrique; Data do Acórdão: 20/03/2012. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/75074309b70e7a8c802579ce00464024?OpenDocument&Highlight=0,783%2F11.2TBBRR.L1-1>>. Acesso em 08 set. 2020.

sobrepôr ao imperativo constitucional e legal que obriga a frequência ao ensino até o término da escolaridade obrigatória, posto que a recusa à escolaridade radicava na diversidade de valores característica da origem da adolescente e não em uma situação de risco gerada pelos genitores. Por sua vez, ao apreciar o recurso intentado pelo M.P, o tribunal de segunda instância, a nosso ver, acertadamente, entendeu de modo diverso. Sopesado o direito à educação previsto na CRP e orientado pelos princípios constantes da lei n.º 46/86, o direito dos pais à educação e à manutenção dos filhos consagrado pelo artigo 36º, n.º 5 da CRP, assim como o direito à identidade, o direito a não ser separado de seus pais contra a vontade destes e o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, todos garantidos pela CDC, nos artigos 8º, 9º, 14º, respectivamente, o tribunal *ad quem* entendeu pela não aceitação da justificativa de abandono do ensino obrigatório para fins de preservação da “pureza”. Ao ponderar a recusa dos genitores relativamente à frequência escolar da filha em razão do seu contexto cultural e o interesse da adolescente em cumprir ao menos o período de escolaridade obrigatória, o tribunal entendeu pela prevalência deste último. O tribunal também considerou que a intervenção atendia ao princípio da proporcionalidade, já que se limitava a remediar a situação de perigo verificada, procurando conciliar o direito da jovem a uma educação igual a dos outros jovens com a preservação das suas raízes culturais. Ao argumento de que a escolaridade obrigatória visa a proteger as crianças e adolescentes e a viabilizar o seu adequado desenvolvimento psicossocial, evitando o seu ingresso prematuro no mercado de trabalho, o tribunal concluiu no sentido da necessidade da realização de um trabalho pedagógico a ser exercido junto aos pais da adolescente. Destarte, a apelação foi julgada procedente para revogar a decisão recorrida e determinar o prosseguimento do feito com o fim de aplicação da medida de proteção prevista no artigo 35º, n.º 1 da LPCJP, qual seja, a de apoio junto dos pais para que estes compreendessem a necessidade de a filha concluir a escolaridade obrigatória.

## **3.2. Princípio do Superior Interesse da Criança (ou do melhor interesse da criança)**

### **3.2.1. Fontes**

O princípio do superior interesse da criança tem como sua principal fonte, em termos de instrumentos internacionais, o artigo 3º, n.º 1 da CDC<sup>326</sup>. Embora o artigo 3º, n.º 1 da CDC seja

---

<sup>326</sup> Portugal assinou a CDC em 26/01/1990, aprovou-a para ratificação pela Resolução da AR n.º 20/90 de 12/09 e a ratificou pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, da mesma data. No Brasil, a CDC foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 24/09/1990, ratificada em 24/09/1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de

a matriz deste princípio na CDC, a expressão “interesse superior da criança” reaparece em outros dispositivos da Convenção, como é o caso do artigo 9º, nº 1, artigo 18º, nº 1, artigo 20º, nº 1, artigo 21º, artigo 37º alínea c, bem como no artigo 40º, nº 2, alínea b, iii<sup>327</sup>.

Assim como o princípio abordado no tópico anterior, o princípio do superior interesse da criança também não é uma inovação da CDC, já que, antes mesmo da Convenção, outros documentos internacionais já lhe faziam alusão, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959<sup>328</sup>. Qual teria sido então o diferencial da consagração deste princípio pela CDC? A CDC teve o mérito de reforçar a importância deste princípio através da ampliação da sua área de abrangência e da sua consagração como uma norma cogente. De forma mais ampla que a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que tinha como destinatário principal o legislador, a CDC passou a exigir que o interesse superior da criança fosse o norte de atuação não só para o legislador, mas também para instituições públicas ou privadas de proteção social, tribunais e autoridades administrativas. Ainda que não houvesse propriamente a necessidade de uma previsão expressa no sentido desta vinculação abrangente, já que esta é justamente uma das consequências da natureza normativa dos princípios, a CDC optou por não deixar qualquer margem de dúvida neste tocante, a partir do momento em que atou expressamente não apenas o legislador, mas também todas as instituições públicas ou privadas, os tribunais e as autoridades administrativas. Portanto, para além das entidades públicas, qualquer entidade de natureza privada que tenha atribuição para tomar decisões que possam afetar crianças e adolescentes está vinculada à observância do princípio. A CDC obrigou ainda os Estados Partes a adotarem todas as medidas legislativas e administrativas para concretizar

---

21/11/1990. O texto do artigo 3º do Decreto 99.710/90 de 21/11/1990 é o seguinte: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Também antes da CDC, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, já trazia em seu texto a menção ao princípio do interesse superior da criança (a Convenção utiliza a designação “interesse dos filhos”), em seus artigos 5º, nº 2 e 16º, nº 1, alíneas “d”, “f”. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres>>. Acesso em 24 set. 2019.

<sup>327</sup> Convém ter em conta que, na redação da Resolução nº 20/90 da A.R e no Decreto nº 99.710/90, os dispositivos citados têm numeração equivalente.

<sup>328</sup> V. princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959: “A criança gozará de uma proteção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”. Disponível em: <[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 04 set. 2019.

os direitos por ela reconhecidos, além de ter implementado um sistema de fiscalização da efetivação de tais medidas, a cargo do Comitê dos Direitos da Criança. Para além de assumirem o compromisso de tornar amplamente divulgados os princípios e disposições da CDC e de adaptarem todo o seu ordenamento jurídico interno às disposições da Convenção, todos os Estados Partes são obrigados a apresentarem relatórios periódicos ao Comitê para os Direitos da Criança<sup>329</sup>, cuja função precípua é analisar os progressos realizados por cada um destes Estados no que tange ao cumprimento das obrigações assumidas<sup>330</sup>.

Para além disto, como já vimos no capítulo 1, até a elaboração da CDC, os documentos internacionais anteriores, embora importantes, eram meras enumerações de intenções, já que não havia previsão de qualquer consequência prática para a hipótese de descumprimento das suas disposições por um Estado Parte. A CDC veio alterar este cenário, ao estabelecer formas de fiscalização das obrigações assumidas pelos Estados e consequências para eventuais descumprimentos. No exercício da função fiscalizadora das medidas implementadas pelos Estados Partes, o Comitê goza de liberdade para solicitar informações complementares relevantes aos Estados, elaborar observações e sugestões, além de poder recomendar à Assembleia Geral que solicite ao Secretário-Geral a realização de estudos sobre questões específicas referentes aos direitos da criança<sup>331</sup>.

Como já ressaltamos, o princípio do superior interesse da criança é um dos quatro princípios fundamentais consagrados pela CDC, juntamente com o princípio da não discriminação, com o princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e com o princípio do respeito à opinião da criança. Mas, seria o princípio do superior interesse da criança o mais importante deles? Haveria, portanto, algum tipo de hierarquia entre estes quatro princípios fundamentais? De fato, a relevância do princípio ora abordado pode ser percebida através da sua reprodução expressa em praticamente toda a legislação afeta à infância e à juventude, tanto em Portugal (CC<sup>332</sup>, LPCJP, RJPA e RGPTC), como no Brasil (Código Civil

<sup>329</sup> O artigo 43º do Decreto 99.710/1990 (Brasil) e o artigo 43º da Resolução da A.R nº 20/1990 (Portugal) regulam as funções do Comitê dos Direitos da Criança, a sua composição, bem como a periodicidade de suas reuniões.

<sup>330</sup> O artigo 44º da CDC, ratificada pelo Decreto 99.710/1990, no Brasil, estabelece: “1. Os Estados-Partes se comprometem a apresentar ao Comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos (...)”.

<sup>331</sup> V. artigos 44º e 45º da CDC.

<sup>332</sup> V. o exemplo do disposto no art. 1974º, nº 1 do CC português.



e ECA). Todavia, isto equivaleria a afirmar a sua primazia perante os demais princípios fundamentais? Como já defendemos em outra oportunidade, o conteúdo do princípio do superior interesse da criança, de algum modo, sintetiza todos os outros três princípios<sup>333</sup>. Afinal, ao protegermos o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, ao afastarmos qualquer tipo de discriminação e, ao respeitarmos as opiniões da criança, não há como negar que estaremos, consequentemente, atendendo também ao seu superior interesse. Nesta linha de pensamento, ainda que concordemos com os argumentos daqueles que defendem que, de acordo com a sistemática preconizada pela CDC, não há hierarquia entre os quatro princípios estruturantes anteriormente citados<sup>334</sup>, entendemos que, em razão do seu conteúdo mais abrangente, o princípio do superior interesse da criança deve ser entendido como o verdadeiro guia do Direito infantojuvenil. Não se trata propriamente de estabelecer uma hierarquia entre os princípios fundamentais, mas sim de reconhecer um peso maior ao princípio do superior interesse da criança perante os demais, em razão do seu conteúdo mais abrangente, sem descuidar da necessidade de articulação entre todos os princípios previstos na Convenção, quando se trata da avaliação do interesse de uma determinada criança em um caso concreto.

Com relação às fontes internas, é patente que o princípio do superior interesse da criança vigora na sistemática jurídico-constitucional de ambos os países abordados, por força do disposto no artigo 16º, n.º 1 da CRP e no artigo 5º, § 2º da CRFB, que consagram, respectivamente, a denominada “cláusula aberta de direitos fundamentais”<sup>335</sup> em Portugal e no Brasil. A partir do momento em que estes países são signatários e ratificaram a CDC, não há

<sup>333</sup> Esta ideia já fora por nós defendida quando da apresentação do Relatório inédito da Disciplina de Direitos Fundamentais intitulado *O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente* no curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas-Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, pp. 14-15.

<sup>334</sup> Marcelo de Melo Vieira defende a inexistência de hierarquia entre os princípios estruturantes previstos na CDC, ao afirmar que: “Por ser o mais conhecido e praticamente o único trabalhado pelos autores de Direito de Família, há certo superdimensionamento do princípio do melhor interesse da criança. Não há, porém, hierarquia entre os princípios e nem entre direitos, devendo esse princípio ter, a priori, o mesmo peso que todos os demais princípios previstos na CIDC”. Cf. Marcelo de Melo Vieira, **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 67. Ainda no que se refere à relação entre os princípios fundamentais preconizados pela CDC, Philip Alston assevera: “No programa adotado pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993, o princípio do melhor interesse é colocado em paridade com o princípio da não discriminação, nos seguintes termos: Em todas as ações relativas a crianças, a não-discriminação e o melhor interesse da criança devem ser as considerações primárias (...)”. Cf. Philip Alston, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, in Michael D. A. Freeman (org.), **Children’s Rights**, Vol. II, Aldershot: Dartmouth Publishing Company&Ashgate Publishing Limited, 2004, p. 198.

<sup>335</sup> Sobre a expressão citada, cf. Jorge Miranda, **Direitos Fundamentais**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 183.

como negar que o princípio está em pleno vigor em ambos os países, mormente diante do disposto no artigo 8º, n.º 1 e 2 da CRP e no artigo 5º, § 2º e § 3º da CRFB. Ainda em termos de fontes internas, em Portugal, o princípio do superior interesse da criança está previsto no artigo 4º, alínea “a” da LPCJP, no artigo 3º, alínea “a” do RJPA, assim como no artigo 4º, n.º 1 do RGPTC, que determina a observância dos princípios orientadores da intervenção estabelecidos na LPCJP nos processos tutelares cíveis regulados pelo RGPTC. Já no ordenamento jurídico brasileiro, em termos infraconstitucionais, o princípio encontra guarida expressa no artigo 100, § único, IV do ECA.

Não só por estar previsto em fontes internacionais e internas, mas também em razão do seu peso maior perante os demais princípios devido a sua natureza mais abrangente consubstanciada no *status* de norte do direito infantojuvenil, o princípio do superior interesse da criança possui primazia quando confrontado com alguns princípios consolidados apenas em fontes internas, como é o caso, por exemplo, do princípio de cariz processual denominado *perpetuatio jurisdictionis*, previsto atualmente no artigo 43 do Código de Processo Civil brasileiro. Tanto assim é que, nas causas afetas à infância e à juventude, a regra processual geral de fixação de competência cede perante o princípio do superior interesse da criança, permitindo, portanto, a alteração de competência quando da mudança de endereço da criança. É com base no princípio guia do direito infantojuvenil que o artigo 147 do ECA prega que a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou do responsável pela criança ou, à falta dos pais ou responsável, o lugar onde se encontre a criança ou adolescente<sup>336</sup>. A partir do momento em que há a relativização da regra processual geral para permitir o curso do processo no foro do domicílio do responsável pela criança ou pelo adolescente, facilita-se a produção das provas, notadamente, a realização dos estudos técnicos, nos quais há necessidade do contato com a criança, a fim de se perceber o contexto no qual está inserida e de se verificar o que melhor atende a seus interesses. Neste sentido, aliás, o enunciado n.º 383 da Súmula de Jurisprudência do STJ dispõe que “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”. No sentido da prevalência do princípio do superior interesse da criança, quando em colisão com o princípio de natureza processual citado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também já se manifestou, como podemos extrair do acórdão relativo ao processo n.º 0040508-

---

<sup>336</sup> V. artigo 147, incisos I e II do ECA.

56.2018.8.19.0000<sup>337</sup>, de 05/09/2018, que mitiga o rigor da regra da *perpetuatio jurisdictionis* em função do princípio do superior interesse da criança e do seu acesso à justiça.

### 3.2.2. Terminologia

No que pertine à terminologia do princípio ora abordado, não é despidiendo frisar que, enquanto os artigos 3º, n.º 1 da Resolução da AR nº 20/90 e 3º, n.º 1 do Decreto n.º 99.710/90 realçam uma faceta quantitativa do interesse da criança, ao fazerem menção às expressões “interesse superior da criança”<sup>338</sup> e “interesse maior da criança”<sup>339</sup>, respectivamente, o texto da CDC, na língua inglesa, privilegia a dimensão qualitativa, ao fazer alusão ao termo “melhor interesse da criança”<sup>340</sup>. A toda evidência, a diferença entre as nomenclaturas deve-se a opções feitas pelos legisladores de cada um dos países, ao recepcionarem a Convenção. Mas qual das expressões teria o condão de revelar com mais exatidão a intenção da CDC?

Em oportunidade anterior, defendemos que a opção pela expressão “superior interesse da criança” seria a mais adequada, a partir do momento em que defendíamos que este princípio desempenharia o papel de verdadeiro critério orientador, superando, inclusive, outros princípios afetos ao direito das crianças<sup>341</sup>. Todavia, ainda que não possamos afirmar que a opção pelo critério quantitativo esteja errada, revendo posicionamento anterior, após uma reflexão mais

<sup>337</sup> Cf. processo n.º 0040508-56.2018.8.19.0000; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Terceira Câmara Cível; Conflito de competência; Desembargador (a). Renata Machado Cotta; Data de julgamento: 05/09/2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em 08 set. 2020.

<sup>338</sup> V. artigo 3º, n.º 1 da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro: “Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança” (grifo nosso).

<sup>339</sup> O artigo 3º, n.º 1 do Decreto nº 99.710/90, que promulgou a Convenção no Brasil, repete a redação do dispositivo da Resolução da AR nº 20/90, mas utiliza a expressão “interesse maior da criança”, ao invés de “interesse superior”.

<sup>340</sup> O texto original do artigo 3º, n.º 1 da CDC, na versão inglesa, é o seguinte: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”. (Grifo nosso). O texto traduzido tem o seguinte teor: “Em todas as ações relativas às crianças, sejam elas realizadas por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o interesse superior da criança deve ser uma consideração primária”. (tradução nossa).

<sup>341</sup> Este posicionamento fora por nós defendido quando da apresentação do Relatório inédito da disciplina de Direitos Fundamentais intitulado *O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente* no curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, pp. 15-16.

aprofundada, convencemo-nos de que a expressão mais adequada seria “melhor interesse da criança”<sup>342</sup>, posto que esta parece traduzir de forma mais coerente o propósito do princípio. Em primeiro lugar, porque não há dúvida de que, nos moldes preconizados pela CDC, o interesse da criança já supera os demais interesses, designadamente o interesse dos adultos e do Estado, de modo que acentuar a dimensão quantitativa na nomenclatura deste princípio poderia soar redundante. Em segundo lugar, porque, como já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, não há que se falar propriamente na existência de uma hierarquia entre os princípios fundamentais consagrados pela Convenção. Ademais, quando falamos em interesse da criança, não estamos a falar de crianças genericamente e em um plano imaginário, mas sim dos “interesses de uma criança concreta”, que tem suas peculiaridades, vontades e necessidades e que está inserida em determinados contextos específicos. Portanto, ao conjugarmos os diversos interesses que perpassam a vida de uma criança determinada, devemos sempre optar pelo atendimento daquele que seja o melhor dentre tais interesses em determinado caso concreto, uma vez que há possibilidade de colidência entre interesses de uma mesma criança, bem assim de colisão entre interesses de crianças diversas. Por tais motivos, até mesmo por uma questão de coerência com o que acabamos de explanar, para fins didáticos, quando mencionarmos o princípio consagrado pelo artigo 3º, n.º 1 da CDC, doravante, optaremos por adotar a expressão “melhor interesse da criança”<sup>343</sup>.

### 3.2.3. Conteúdo

Não há dúvida acerca da consagração do princípio do melhor interesse da criança em ambos os ordenamentos jurídicos abordados neste trabalho. Entrementes, não há unanimidade quando se trata de estabelecer o seu conteúdo, tampouco de definir o seu conceito. Quando

---

<sup>342</sup> Neste sentido, sobre a inclinação da doutrina pelo termo “melhor interesse da criança”, Helen Crystine Corrêa Sanches e Josiane Rose Petry Veronese lecionam: “Apesar da controvérsia inicial estabelecida na doutrina em relação ao termo utilizado no texto original *the best interest*, vinculado a um conceito qualitativo, e a versão brasileira o *maior interesse*, vinculada a um conceito quantitativo, considerando os ideais da Doutrina da Proteção Integral adotada pelo legislador brasileiro, atualmente, é unânime o entendimento no sentido de que a expressão mais adequada refere-se ao seu aspecto qualitativo, *melhor interesse*”. Cf. Helen Crystine Corrêa Sanches/ Josiane Rose Petry Veronese, “A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar” in Josiane Rose Petry Veronese (org.), **Direito da Criança e do Adolescente**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 140. Também no sentido da expressão “melhor interesse da criança”, Cf. Andréa Rodrigues Amin, “Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006, p. 30.

<sup>343</sup> Ainda sobre a terminologia mais adequada para o princípio, destacamos a posição de Paulo Guerra, para quem seria melhor falarmos em “interesse maior da criança, superior a qualquer outro envolvente no seu processo”. Neste sentido, Paulo Guerra, **Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 36.

passamos a nos debruçar sobre o conteúdo do princípio abordado neste tópico, chegamos inevitavelmente à conclusão de que estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, portanto, de natureza subjetiva e que acaba por refletir a consciência jurídica geral<sup>344</sup>. De fato, o legislador não traçou um conceito exato para o princípio, tampouco existe uma fórmula matemática para definir o conteúdo do “interesse da criança” em cada um dos casos que são submetidos à apreciação do administrador, do legislador ou do julgador. Nem a CDC e nem a plêiade de normas presentes na legislação ordinária de cada um dos países abordados define que fatores concretos deverão ser levados em conta para a aferição do melhor interesse da criança. E julgamos que, até certo ponto, a opção por esta omissão seja consciente e correta, posto que é impossível para o legislador prever com exatidão todas as situações da vida em que tal interesse venha a ser atingido, de modo que o real atendimento do melhor interesse da criança dependerá sempre da análise do caso concreto e do conhecimento da realidade de cada criança individualmente considerada.

Do mesmo modo, não há um critério uniforme e rígido para determinar em que hipóteses os interesses de todas as crianças que habitam cada um dos praticamente duzentos países signatários da Convenção estariam a ser violados. É que a percepção daquilo que entendemos como o “melhor interesse da criança” pode variar de acordo com o ponto de vista do intérprete ou de acordo com o contexto geográfico e cultural em que a criança esteja inserida. Apesar de o legislador não definir o que seria o “melhor interesse da criança”, deixou claro que este deve figurar como uma bússola para todos os operadores do Direito na seara infantojuvenil. Entretanto, não basta seguir o princípio abstratamente. A determinação da norma nos parece clara: para além de se pautarem pelo princípio, todos aqueles que têm atribuição para proferir qualquer tipo de decisão que venha a afetar direta ou indiretamente a vida de crianças e de adolescentes devem expressamente indicar de que maneira esta norma-princípio fora considerada concretamente e valorada nestas decisões<sup>345</sup>.

A dificuldade de definir o que seria o melhor interesse da criança reside basicamente em dois aspectos. Primeiramente, devemos ter em conta que o melhor interesse de uma

---

<sup>344</sup> Nesta linha de pensamento, cf. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 314.

<sup>345</sup> Defendendo a necessidade de fundamentação clara e exaustiva, por parte do juiz, dos fatores que determinaram a decisão acerca do melhor interesse da criança nos casos concretos, Cf. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 45-46.

determinada criança pode não ser o mesmo de outra criança, ainda que ambas estejam em situações aparentemente semelhantes, já que peculiaridades tênues podem mudar todo o percurso da análise investigativa deste interesse. Em segundo lugar, ainda que estejamos a falar de uma mesma criança, as pessoas tendem a ter concepções divergentes sobre o que seria o seu melhor interesse em determinada situação e sobre quais fatores deveriam ser observados para atendê-lo. Por tais motivos, reconhecemos que, mesmo com o auxílio de uma equipe multidisciplinar<sup>346</sup>, não é tarefa fácil conferir uma face ao interesse da criança, mesmo quando estamos diante de um caso concreto relativo a uma criança específica. Em razão deste conceito jurídico indeterminado, e, portanto, revestido de uma forte carga de subjetivismo, não raro, somos surpreendidos com algumas decisões judiciais que utilizam este princípio como mero fator de valorização ou como se fosse uma carta “branca”<sup>347</sup>, adaptável às mais variadas situações fáticas e até mesmo para a defesa de pontos de vista totalmente divergentes.

Embora a indefinição do conceito do melhor interesse da criança e dos fatores a serem levados em consideração para o seu atendimento seja proposital justamente para não manietar o julgador e o administrador, tal omissão não pode resultar em arbitrariedade. A definição de um conceito estanque do princípio por parte do legislador jamais atenderia a todos os casos, posto que sempre seria necessário conceder uma certa margem de liberdade ao juiz e ao administrador de forma que pudessem equacionar e gerir da melhor forma a infinidade de possíveis situações fáticas ameaçadoras que pairam em torno das crianças e dos adolescentes. Contudo, ainda que não possamos falar em um conceito uniforme, entendemos que, ainda assim, como veremos, é possível traçar alguns fatores que devem ser necessariamente levados em consideração para o atendimento ao interesse da criança, como se fossem um patamar mínimo de observância pelo julgador e pelo administrador e por todos aqueles a quem incumbe qualquer decisão relativa a crianças e adolescentes.

Em que pese a necessidade de conservação do conceito jurídico indeterminado e dinâmico, de modo a evitar que qualquer situação fática de lesão ou de ameaça de lesão aos

---

<sup>346</sup> De acordo com o item n° 24 da Recomendação efetuada pelo Comitê dos Direitos da Criança direcionada a Portugal, a partir da apresentação conjunta dos 3º e 4º relatórios, o Estado português deverá assegurar formação sistemática, obrigatória e contínua em Direito das crianças a todos os profissionais que trabalham em prol das crianças. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/onu-proteccao.dh/orgaos-onu-comite-dc>>. Acesso em 09 jul. 2018.

<sup>347</sup> A expressão foi utilizada neste contexto como forma de viabilizar uma análise crítica do emprego indiscriminado do princípio do melhor interesse da criança para justificar pontos de vista muitas vezes diametralmente opostos.

direitos da criança escape do alcance do princípio, tal não significa dizer que este possua caráter discricionário<sup>348</sup>, a partir do momento em que não é dado ao magistrado decidir somente com base em suas crenças, em seus sentimentos e em sua “visão individual de mundo”<sup>349</sup>, posto que esta excessiva maleabilidade pode trazer consigo o risco de, ao final, atender a qualquer interesse, exceto o da criança, já que os julgadores podem assumir posturas muito diferentes entre si<sup>350</sup>. Seria uma ilusão partir do pressuposto da indiferença do julgador perante quem é julgado, já que, em sendo a justiça uma tarefa humana, “existem tantas bocas a proferir as palavras da lei quanto os juízes existentes”<sup>351</sup>. Ademais, não podemos deixar de considerar que as decisões judiciais são tomadas por juízes que, como qualquer ser humano, podem ter a inclinação de responsabilizar determinadas pessoas ou de desenvolver simpatia por pessoas que sofram ações oriundas de fatores alheios ao seu controle e a sua vontade<sup>352</sup>. Portanto, no

---

<sup>348</sup> Neste sentido, Jorge Cardona Llorens afirma que o interesse superior da criança é um conceito jurídico indeterminado, mas não discricionário. Para ilustrar a diferença entre a indeterminação do conceito e uma suposta discricionariedade, o autor vale-se do seguinte exemplo: se um adulto tivesse que aferir o melhor interesse de cinco crianças diferentes a respeito de uma medida que as afetasse individualmente, poderia chegar a cinco conclusões diferentes se estas crianças estivessem em situações fáticas diferentes, tais como, idade, situação familiar, dentre outras. Ainda assim, cada uma destas decisões, embora diferentes, estaria a respeitar o melhor interesse de cada uma daquelas crianças. Por outro lado, se cinco adultos tivessem que aferir o melhor interesse de uma mesma criança diante de uma medida concreta, para que este interesse fosse verdadeiramente observado com base em premissas técnicas, cada um destes adultos teria que chegar à mesma conclusão (tradução nossa). Cf. Jorge Cardona Llorens, “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, in Susana Sanz Caballero (Coord.), **El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española**, 1ª ed., Navarra: Editora Thomson Reuters, 2017, pp. 100-101.

<sup>349</sup> Neste sentido, Maria Clara Sottomayor alerta: “No processo de aplicação do direito, quando está em causa o preenchimento de conceitos indeterminados (...) O juiz deve identificar os motivos que desencadearam aquele processo psicológico e separar aqueles que são puramente pessoais daqueles que sejam suscetíveis de consenso social, procurando decidir, na maior medida possível, com base nestes últimos, ou pelo menos fundamentar a decisão clara e exaustivamente, tornando transparentes os factores que determinaram a sua decisão, o que permitirá identificar os seus erros, a fim de recorrer contra ela”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 45-46.

<sup>350</sup> Sobre os riscos do excesso de subjetivismo que permeia o interesse da criança, Maria Clara Sottomayor adverte: “A doutrina tem definido o interesse da criança como um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, e que goza de uma força apelativa e humanitária, chamando a atenção para a criança como pessoa e para os seus direitos. (...) Na prática, o critério fracassa na sua missão de proteger as crianças, porque serve de veículo para concessões não testadas sobre o que é melhor para as crianças, acabando por reflectir os interesses dos adultos. Este defeito do princípio do interesse da criança, em abstrato fundamentador de qualquer solução, provoca falta de transparência nas decisões, que omitem o verdadeiro elemento que as motivou (...) O Direito das Crianças está repleto de interpretações da noção de interesse da criança contrárias ao seu bem-estar e dominadas pelos interesses dos adultos (...) A importância das decisões relativas às crianças, para o seu bem-estar psíquico, exige a concretização do conceito de interesse da criança, através de regras específicas e objetivas, como a regra da pessoa de referência e a da prevalência dos laços afetivos sobre os biológicos, baseadas no direito da criança à solução que melhor promove o seu desenvolvimento (...)”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 50-51.

<sup>351</sup> A expressão é de António Pedro Barbas Homem. Cf. António Pedro Barbas Homem, *O Justo e o Injusto*, Reimpressão, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 91.

<sup>352</sup> Para descrever as dificuldades pelas quais os juízes costumam passar para proferir algumas decisões judiciais relacionadas à aferição do melhor interesse da criança, mormente quando este contrasta com o de seus pais, Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert J. Solnit citam o emblemático exemplo dos pais judeus da Holanda que retornaram dos campos de concentração, no fim da Segunda Guerra Mundial, ansiosos para recuperar os seus filhos. Muitas

preenchimento do conteúdo do melhor interesse da criança, o percurso do julgador não deve ter como ponto de partida as suas convicções pessoais, as suas experiências e as impressões desenvolvidas na sua infância, a sua religião ou a sua concepção acerca do que é o exercício da paternidade ou da maternidade para só então depois buscar um argumento técnico que venha a respaldar juridicamente aquela convicção inicial fundada exclusivamente em premissas de carácter pessoal do magistrado<sup>353</sup>. Ao revés. Ainda que não possamos afirmar que as convicções pessoais do julgador sejam irrelevantes, o percurso dele deve ser iniciado com fulcro em premissas técnicas, o que equivale a dizer que tal caminho deve ser no sentido da observância de alguns fatores cujo atendimento é obrigatório, preferencialmente com auxílio técnico multidisciplinar<sup>354</sup>, para que só então o magistrado possa chegar à conclusão da melhor solução para a criança em um determinado caso concreto. Para além disto, o melhor interesse da criança deve ser avaliado não somente com base na situação fática existente quando da aferição deste interesse, mas também com base em perspectivas de médio e longo prazo. Portanto, embora o conceito de “melhor interesse da criança” seja indeterminado, devemos reconhecer que a avaliação da presença de tal interesse em cada caso concreto deve pautar-se por critérios objetivos, de forma a viabilizar o “desenvolvimento holístico da criança”<sup>355</sup>.

Como então podemos extrair o conteúdo do princípio ora abordado neste tópico? Desde já, traçaremos algumas premissas importantes para a compreensão do princípio. Na esteira das lições de José Melo Alexandrino, a delimitação negativa deste princípio é mais importante do

---

destas crianças foram confiadas a compatriotas não-judeus e cresceram no âmbito destas novas famílias, adaptando-se intimamente a elas. Cf. Joseph Goldstein/ Anna Freud/ Albert J. Solnit, **Beyond the Best Interests of the Child**, New York: The Free Press, 1973, pp. 106-107.

<sup>353</sup> Sobre a constatação desta tendência observada em alguns juízes, Ronald Dworkin pontua que os realistas argumentam que “os juízes realmente decidem os casos de acordo com seus próprios gostos políticos ou morais, e então escolhem uma regra legal apropriada como racionalização”. Cf. Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Bloomsbury Revelations, Bloomsbury Publishing, Edição do Kindle, locais do Kindle 280-285.

<sup>354</sup> Sobre a valoração das perícias e avaliações das equipes de assessoria técnica, Manuel Tomé Gomes ressalta: “Na produção da prova dos factos juridicamente relevantes, importa distinguir, por um lado, os dados resultantes das percepções sobre tais factos e, por outro, as circunstâncias em que estas percepções ocorreram e que constituem índices de probabilidade dessa ocorrência e da sua exatidão (...) Assim, importa diferenciar: por um lado, os conteúdos dos relatórios sociais e demais informações que se revelam como resultado das percepções obtidas por técnicos especializados, funcionando como agentes de prova, a valorar segundo a livre convicção do julgador; por outro lado, os conteúdos que se traduzem em meras informações ou conhecimentos científicos ou técnicos destinados a auxiliar o julgador na averiguação, exame e interpretação dos factos relevantes e que por ele serão assumidos como critério decisório”. Cf. Manuel Tomé Gomes, “A valoração das perícias e avaliações das equipas de assessoria técnica”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2018, Lisboa, 2018, p. 253.

<sup>355</sup> Cf. Jorge Cardona Llorens, “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, in Susana Sanz Caballero (Coord.), **El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española**, 1ª ed., Navarra: Editora Thomson Reuters, 2017, p. 102.



que a sua definição<sup>356</sup>. De acordo com esta linha de pensamento, apesar da estreita relação entre este princípio e os direitos fundamentais atribuídos a crianças e adolescentes, podemos afirmar que o princípio do melhor interesse da criança não constitui um direito fundamental autônomo, mas sim a base de todo o sistema de proteção infantojuvenil. É que, a própria estrutura deste sistema indica a opção de atribuir ao princípio uma posição de destaque quando comparado aos direitos fundamentais. Esta posição de supremacia pode ser corroborada pelo fato de o melhor interesse da criança não estar elencado no rol dos direitos fundamentais das Constituições abordadas, o que tem o condão de conferir a este princípio uma clara segurança, já que esta firmeza faz com que não esteja sujeito à reserva de ponderação própria dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais é que acabam por ter a função de densificar o princípio em questão, a partir do momento que passam a proteger especificamente diversos bens jurídicos considerados de extrema relevância para assegurar uma vida digna a cada criança e a cada adolescente. Por tal razão, o princípio do melhor interesse da criança não deve ir de encontro a quaisquer dos direitos fundamentais, sejam aqueles de caráter geral e, portanto, atribuídos a todas as pessoas, sejam aqueles reservados à população infantojuvenil. Em sendo os direitos fundamentais uma forma de concretização “das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>357</sup>, não faz qualquer sentido que o percurso para o atendimento do melhor interesse da criança contrarie os direitos fundamentais.

---

<sup>356</sup> De forma sistemática, José Melo Alexandrino elenca o que não seria o princípio do interesse superior da criança: “Um direito fundamental; um direito do homem; um bem fundamental; um interesse público; uma condição de exercício do poder parental; uma realidade (ou expressão) equivalente a interesses da criança”. De acordo com a percepção do autor, o interesse superior da criança seria: “Um princípio jurídico-formal, que actua como critério orientador; um *standard* hermenêutico (ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização); uma pauta para a conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos”. E assim sintetiza: “Em suma, o interesse superior da criança não é sequer um interesse (ou bem)- é uma norma: em primeiro lugar, uma norma de competência (ou seja, uma norma que estabelece uma habilitação para criar normas ou decisões, ora a favor do legislador (na configuração a dar ao ordenamento), ora a favor do juiz e da administração tutelar (na construção das normas de decisão dos casos concretos); em segundo lugar, uma norma impositiva, que ordena ao juiz e à administração (e até aos pais) que, na tomada de uma decisão que respeite ao menor, não deixem nunca de recorrer (mas sempre dentro dos limites do Direito aplicável e das circunstâncias do caso) à ponderação do(s) interesse(s) superior(es) do menor- ou seja, do(s) interesse(s) conexo(s) com os bens prioritários da criança (a vida, a integridade, a liberdade), no contexto dos bens e interesses relevantes no caso. Ainda assim, apenas como um critério suplementar a atender na construção da norma de decisão”. Cf. José Melo Alexandrino, **O Discurso dos Direitos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 86-88.

<sup>357</sup> Aqui, adotamos a concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são- em certo sentido- mero desdobramento”. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 110-111.

É importante frisar que o princípio do melhor interesse da criança não se confunde com o interesse do Estado<sup>358</sup>, com os interesses dos pais da criança ou da sua família extensa<sup>359</sup>, tampouco com interesses afetos a uma determinada cultura ou a uma determinada religião. Tais interesses podem até vir a coincidir em alguns casos, mas esta concorrência de interesses não é um requisito para o atendimento do melhor interesse da criança. Não há como negar o fato de que, em razão da diferença cultural existente entre praticamente duzentos Estados Partes que ratificaram a CDC, é possível que nos deparemos com conflitos entre os interesses da criança e do Estado ou de seus pais, assim como conflitos de interesses entre crianças ou entre crianças e terceiros. Tampouco é incomum a invocação deste princípio como uma tentativa de respaldar o descumprimento das disposições da própria Convenção<sup>360</sup>. Por tal motivo, embora seja desejável a manutenção de uma certa flexibilidade no princípio, pontuamos a necessidade da concretização do seu conteúdo essencial, por intermédio da identificação dos fatores mínimos que devem ser considerados pelo legislador, pelo julgador<sup>361</sup> e pela administração tutelar, quando das decisões a serem tomadas nos casos concretos submetidos a sua apreciação, pelo que, paulatinamente, a doutrina tem se ocupado do esforço de identificar os traços essenciais para densificar tal princípio, assunto do qual passaremos a tratar a partir de agora.

---

<sup>358</sup> Sobre a necessidade de dissociação entre os interesses da criança e os interesses estatais, Anabela Miranda Rodrigues, pontua: “O Estado tem o dever de oferecer à criança as condições que lhe permitam desenvolver a sua personalidade ainda em formação de modo socialmente responsável e de promover, na maior medida do possível, a realização de seus direitos. A isto corresponde o interesse da criança, que, desta forma, já não corre o risco de interpretações equívocas: já não se identifica totalmente com o interesse do Estado”. Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “O Superior Interesse da Criança”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/Paulo Guerra (org), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 39.

<sup>359</sup> Como mais um argumento de defesa da ideia de que o interesse da criança deve prevalecer sobre os demais, nas hipóteses de colisão de interesses, concordamos com Maria Clara Sottomayor, quando aduz que, embora os direitos das crianças tenham sido relegados para o capítulo dos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, na Constituição portuguesa, são, na verdade, “direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias (art. 17º da CRP) e, em caso de conflito com os direitos dos pais, devem ter primazia sobre estes”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 317.

<sup>360</sup> Nesta senda, Philip Alston afirma: “O princípio do melhor interesse da criança tem claramente um potencial considerável a ser invocado em defesa de práticas culturais que são incompatíveis com as normas dos direitos da criança (...) Existem muitas práticas culturais que, pelos padrões de direitos humanos, são difíceis, quicá impossíveis de reconciliar (...) a escravidão infantil e o infanticídio feminino em várias sociedades são exemplos de práticas em relação às quais os argumentos baseados na cultura já tiveram que ceder em favor das normas de direitos humanos”. (Tradução nossa). Cf. Philip Alston, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, in Michael D. A. Freeman (org.), **Children’s Rights**, Vol. II, Aldershot: Dartmouth Publishing Company & Ashgate Publishing Limited, 2004, p. 202. Nesta esteira, observamos que alguns Estados signatários fizeram reservas à ratificação da CDC, como por exemplo, o Kuwait, que opôs reserva às disposições relativas à adoção: “O Estado do Kuwait, ao aderir às disposições da sharia islâmica como a principal fonte de legislação, proíbe estritamente o abandono da religião islâmica e, portanto, não aprova a adoção”. (Tradução livre). Disponível em: <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en)>. Acesso em 05 jul. 2018.

<sup>361</sup> Muito embora o princípio do melhor interesse da criança vincule o legislador, o administrador e o julgador, indistintamente, focaremos este capítulo do trabalho na atuação do julgador, já que é sobre ele que recai, na maior parte dos casos, a exigência de densificação do princípio para a solução dos casos concretos submetidos à sua apreciação.

Em oportunidade anterior, apresentamos um modesto contributo para a densificação do princípio do melhor interesse da criança<sup>362</sup>, através da identificação dos fatores mínimos a serem considerados por todos aqueles a quem incumbe tomar decisões capazes de afetar crianças e adolescentes. Assim, naquela oportunidade, já defendíamos a existência de alguns critérios orientadores traçados por quatro fontes que nos auxiliam nesta tarefa de densificação, o que voltaremos a fazer agora, com algumas observações adicionais. São estas as fontes que nos oferecem substrato para a concretização proposta: a- O Comentário Geral n.º 14 de 2013 sobre o Direito da Criança<sup>363</sup>, adotado pelo Comitê dos Direitos da Criança; b- O *Children's Act* de 1989<sup>364</sup>; c- O artigo 1878º, n.º 1 do Código Civil português, especificamente na parte que trata do conteúdo das responsabilidades parentais<sup>365</sup>; 4- O artigo 4º, *caput*, do ECA<sup>366</sup>.

A primeira fonte a ser abordada é o Comentário Geral n.º 14 de 2013 do Comitê dos Direitos da Criança, que se dedica especificamente ao princípio do melhor interesse da criança e estabelece alguns critérios para a sua concretização. Para além de definir os elementos que deverão ser considerados para a aferição do melhor interesse da criança, o documento atribui ao princípio uma tripla natureza<sup>367</sup>, posto que deve ser considerado um princípio jurídico

---

<sup>362</sup> Referimo-nos à esquematização das fontes normativas que apresentam os fatores mínimos a serem considerados para a aferição do melhor interesse da criança, quando da apresentação do Relatório inédito da disciplina de Direitos Fundamentais. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, pp. 24-26.

<sup>363</sup> Os fatores elencados estão no item 52 e seguintes do documento. Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc\\_com\\_geral\\_14.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf)>. Acesso em 14 out. 2020.

<sup>364</sup> A redação das alíneas do n.º (3) da Parte I (n.º 1) do *Children's Act* de 1989 é a seguinte: PARTE I. INTRODUTÓRIA - 1. Bem-estar da criança. (...) (3) Nas circunstâncias mencionadas na subseção (4), um tribunal deve considerar, em particular: (a) os desejos e sentimentos verificáveis da criança em questão (considerados à luz de sua idade e compreensão); (b) suas necessidades físicas, emocionais e educacionais; (c) o provável efeito sobre ele de qualquer mudança em suas circunstâncias; (d) sua idade, sexo, origem e quaisquer características que o tribunal considere relevantes; (e) qualquer dano que tenha sofrido ou esteja em risco de sofrer; (f) quão capaz cada um de seus pais e qualquer outra pessoa em relação a quem o tribunal considera relevante a questão é capaz de atender às suas necessidades; (g) a gama de poderes à disposição do tribunal nos termos da presente lei nos processos em questão (tradução livre). A íntegra do documento em idioma inglês está disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/data.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2018.

<sup>365</sup> Art. 1878º do CC português: “1- Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Registramos que o dispositivo correspondente no CC brasileiro que define o conteúdo do exercício do poder familiar (art. 1634) enumera situações pontuais, motivo pelo qual não se presta a ser um contributo para a densificação do princípio do melhor interesse da criança.

<sup>366</sup> Art. 4º do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

<sup>367</sup> O item n.º 6 do Comentário Geral n.º 14 de 2013 do Comitê dos Direitos da Criança estabelece: “O interesse superior da criança é um conceito com natureza tripla: (a) **Um direito substantivo**: o direito das crianças a que o

interpretativo, um direito subjetivo<sup>368</sup> e uma regra processual. Este reconhecimento levado a efeito pelo documento citado possui importantes consequências práticas. Primeiramente, a partir deste pressuposto, qualquer criança pode exigir que o seu melhor interesse seja a consideração primordial em toda e qualquer decisão que venha a afetar a sua vida e não apenas uma das considerações a serem levadas em conta<sup>369</sup>. Em segundo lugar, o melhor interesse da criança passa a ser um direito direto e imediatamente aplicável que acarreta deveres correlatos para o Estado e, portanto, pode ser invocado perante os tribunais<sup>370</sup>. Em terceiro lugar, para que este direito seja respeitado, o seu titular, devidamente representado, poderá exigir o cumprimento de uma série de regras processuais, como, por exemplo, a motivação das decisões que afetem seus interesses, através da identificação de quais fatores que foram considerados para a aferição do seu melhor interesse e em que medida, assim como poderá exigir que seja ouvido antes de qualquer tomada de decisão<sup>371</sup>. Decorre deste entendimento também a afirmação de que o titular deste direito poderá exigir o aparelhamento dos tribunais competentes

---

seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral. O artigo 3.º, parágrafo 1, estabelece uma obrigação intrínseca para os Estados, é diretamente aplicável (autoexecutória) e pode ser invocada perante um tribunal. (b) **Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo**: se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e nos seus Protocolos Facultativos estabelecem o quadro de interpretação. (c) **Uma regra processual**: sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre a criança ou das crianças envolvidas. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Para além disso, a fundamentação de uma decisão deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta. A este respeito, os Estados-partes deverão explicar como é que o direito foi respeitado na decisão, ou seja, o que foi considerado como sendo do interesse superior da criança; em que critérios se baseia a decisão; e como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança face a outras considerações, sejam estas questões gerais de políticas ou casos individuais. 7. No presente comentário geral, a expressão “o interesse superior da criança” abrange as três dimensões acima desenvolvidas”. (Grifos nossos). Disponível em: <<https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca1.aspx>>. Acesso em 09 jul. 2018.

<sup>368</sup> No que se refere aos direitos subjetivos, adotaremos os ensinamentos de António Menezes Cordeiro, que os define como “uma permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”. Cf. António Menezes Cordeiro, **Tratado de Direito Civil**, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 893. Contudo, ressaltamos a nossa posição apenas quanto a este aspecto do Comentário, uma vez que, como já salientado no início deste capítulo, discordamos da afirmação de que o princípio do melhor interesse da criança é um direito subjetivo autônomo. Ao revés, entendemos que se trata da base de todo o sistema de proteção infantojuvenil. Para considerações mais aprofundadas, remetemos o leitor ao início do item 3.2.3. Neste mesmo sentido, cf José Melo Alexandrino, **O Discurso dos Direitos**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 86-88.

<sup>369</sup> Neste sentido, Cf. Jorge Cardona Llorens, “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño”, in Susana Sanz Caballero (Coord.), **El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española**, 1ª ed., Navarra: Editora Thomson Reuters, 2017, pp. 105-106.

<sup>370</sup> *Ibidem*. p. 108.

<sup>371</sup> *Ibidem*. p. 109.

para avaliar os seus interesses com profissionais qualificados para auxiliar o julgador neste *mister*.

Ainda de acordo com a ótica do Comitê dos Direitos da Criança, há elementos de caráter objetivo a serem levados em conta na avaliação do melhor interesse da criança. Embora não possuam caráter exaustivo, os elementos identificados pelo Comitê são importantes para a densificação do princípio, na medida em que indicam a todo aquele a quem incumbe aferir o melhor interesse de uma determinada criança quais são os elementos de caráter objetivo a serem avaliados. Para o Comitê, são estes os elementos: a) a opinião da criança; b) a identidade da criança; c) a preservação do ambiente familiar e a manutenção de relações; d) cuidados, proteção e segurança da criança; e) situação de vulnerabilidade; f) o direito da criança à saúde; g) o direito da criança à educação.

A segunda fonte a ser utilizada como paradigma dos fatores a serem levados em conta quando da avaliação do melhor interesse da criança é o *Children's Act* de 1989<sup>372</sup>. Trata-se de um documento que posiciona o bem-estar da criança como a preocupação principal dos tribunais, fundado na ideia de promoção de uma ação coordenada entre diversas entidades oficiais para atingir tal fim. Para tal desiderato, o *Children's Act* confia deveres às autoridades locais, aos tribunais, aos pais e a outros organismos no Reino Unido, para garantir a proteção e a promoção do interesse e do bem-estar das crianças. Apesar de guardar relação com o Direito Inglês, em termos de Direito Comparado, o documento é importante para o nosso propósito de densificar o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança, na medida em que o seu artigo 3º especifica quais fatores deverão ser levados em consideração pelos tribunais para a identificação de tal interesse. A nosso ver, apesar de ser anterior ao Comentário n.º 14, o documento vai além, ao elencar os seguintes fatores cuja observância é obrigatória: a) os desejos e sentimentos verificáveis da criança em causa (considerados à luz de sua idade e compreensão); b) suas necessidades físicas, emocionais e educacionais; c) o provável efeito de qualquer mudança em suas circunstâncias; d) a sua idade, sexo, antecedentes e quaisquer características suas que o tribunal considere relevante; e) qualquer dano que ele sofreu ou está em risco de sofrer; f) quão capaz cada um dos seus pais, e qualquer outra pessoa em relação a

---

<sup>372</sup> A redação original do *Children's Act* de 1989 está disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/data.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2018.

quem o tribunal considera a questão relevante, é de atender às suas necessidades; g) a gama de poderes disponíveis para o tribunal ao abrigo desta lei no processo em questão<sup>373</sup>.

Embora de forma mais sucinta que o *Children's Act*, o artigo 1878º, n.º 1 do Código Civil português é outra valiosa fonte para a densificação do princípio do melhor interesse da criança<sup>374</sup>, já que, ao mesmo tempo em que delimita o conteúdo das responsabilidades parentais, consigna expressamente os fatores que devem ser levados em consideração pelos pais para o atendimento do interesse dos filhos, quais sejam: segurança, saúde, sustento, educação, representação e administração de eventuais bens dos filhos.

Para nos auxiliar na tentativa de densificar o princípio, valeremo-nos também de um contributo oriundo do ordenamento jurídico brasileiro consubstanciado no art. 4º, *caput*, do ECA. Como já tivemos a oportunidade de explanar, para além da Constituição da República brasileira, o ECA é a matriz de onde emanam as principais normas relativas ao melhor interesse da criança. Neste diapasão, o artigo 4º enumera os direitos que deverão ser efetivados com absoluta prioridade às crianças e adolescentes, através do estabelecimento de deveres correspondentes direcionados à família, à sociedade em geral e ao Poder Público: vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

Como já ressaltamos outrora, os fatores elencados pelas fontes citadas não são *numerus clausus*, mas sim um patamar mínimo a ser observado pela administração tutelar, pelo legislador e pelo julgador, dentro de suas atribuições, quando do percurso de busca e atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. À partida, abstratamente, sem avaliar o caso concreto, não podemos estabelecer uma hierarquia entre tais fatores. Assim, abstratamente, todos os fatores por nós abordados devem ser considerados de igual importância para a aferição do melhor interesse da criança. No entanto, diante de determinados casos

<sup>373</sup> Embora seja um documento de 1989 e de ter sofrido algumas alterações, o *Children's Act* pode ser considerado um documento de referência quando se trata do melhor interesse da criança.

<sup>374</sup> Embora com enfoque nas responsabilidades parentais em contextos de divórcio, Maria Clara Sottomayor defende a utilização do conteúdo de tais responsabilidades como instrumento para concretização do princípio ora analisado. Nas lições da autora, o princípio do superior interesse da criança é “um conceito indeterminado e que deve ser concretizado pelo juiz de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo das responsabilidades parentais: a) a segurança e saúde da criança, o seu sustento, educação e autonomia (art. 1878º); b) o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança (art. 1885, n.º 1); c) a opinião da criança (art. 1878º, n.º 2; art. 1901º, n.º 1)”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 46.

concretos, é provável a existência de conflito entre alguns dos fatores descritos, já que um destes pode assumir maior importância do que outro, a depender da situação de vida experimentada pela criança. Por tal razão, ainda que a sistematização por nós desenvolvida seja um importante instrumento para a densificação do princípio, não há como eliminar completamente o subjetivismo a ele subjacente, posto que incumbe ao operador do direito definir qual destes aspectos assumirá maior relevância no caso concreto, em casos de conflito<sup>375</sup>.

Em razão da inegável importância de alguns fatores considerados básicos para o desenvolvimento de qualquer criança e, portanto, indissociáveis ao seu interesse, alguns fatores como a vida, a saúde e a educação são incontestáveis e comuns a todas as fontes citadas. Entretanto, o Comentário Geral n.º 14 de 2013 do Comitê dos Direitos da Criança e o artigo 4º do ECA vão além, ao estabelecer que, para além destes fatores básicos, há outros fatores que devem ser sopesados e que também são imprescindíveis para o atendimento do melhor interesse da criança, dentre eles, um fator que nos interessa particularmente, qual seja, a relação ou a convivência que a criança ou o adolescente estabelece com a sua família, seja esta de que tipo for. Enquanto o Comentário Geral n.º 14 faz menção à preservação do ambiente familiar e à manutenção das relações, o artigo 4º do ECA elenca expressamente o direito à convivência familiar. E não é apenas isto. Embora o Children's Act não mencione especificamente a convivência familiar, não deixa de revelar a percepção do legislador no sentido da íntima relação entre o bem-estar da criança e a convivência com a sua família, quando inclui como um dos fatores a serem considerados pelo tribunal “o quão capaz cada um dos seus pais, e qualquer outra pessoa em relação a quem o tribunal considera a questão relevante, é de atender às suas necessidades”. Portanto, de acordo com a nossa proposta, todos os fatores estabelecidos por estas quatro fontes deverão ser obrigatoriamente considerados em conjunto para a concretização do melhor interesse da criança nos casos concretos, sob pena de reforma<sup>376</sup> de eventual decisão que não os considere. À partida, todos os fatores possuem igual peso, embora circunstâncias fáticas oriundas dos casos concretos tenham o condão de fazer com que um determinado fator assumira maior peso do que outro.

---

<sup>375</sup> Neste sentido, Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, p. 26.

<sup>376</sup> A nosso ver, acertadamente, Maria Clara Sottomayor advoga a possibilidade de alteração da decisão pelos tribunais nos casos em que o juiz deixa de observar os fatores que devem ser considerados para o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. V. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 50.

Portanto, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, mas sim com o intuito de fornecer um contributo para a organização das ideias até aqui propostas e de estimular a reflexão, para finalizar este tópico, sintetizaremos as principais conclusões que dele podem ser extraídas:

1- O melhor interesse da criança é um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo deve ser moldado em cada caso concreto submetido à apreciação do julgador, do administrador ou de qualquer entidade a quem incumba uma decisão que afete a população infantojuvenil. Contudo, isto não equivale a dizer que a sua aferição deve ficar ao alvedrio exclusivo da discricionariedade daqueles a quem incumbe a sua avaliação; 2- Apesar de não ser possível o estabelecimento de um conceito exato e estanque sobre todo o conteúdo do princípio em questão, é possível densificá-lo através do estabelecimento de critérios objetivos, notadamente através dos fatores a serem considerados para a aferição do melhor interesse de toda e qualquer criança, indistintamente; 3- Com o fim de identificar o melhor interesse da criança, podemos nos valer do contributo de quatro fontes que delineiam os fatores a serem obrigatoriamente considerados para atingir tal objetivo em casos concretos: O Comentário Geral nº 14 de 2013 do Comitê dos Direitos da Criança, o *Children's Act* de 1989, o artigo 1878º, n.º 1 do CC português e o artigo 4º, *caput*, do ECA; 4- Estas fontes acenam com a presença de alguns aspectos que devem ser necessariamente sopesados por todo aquele a quem seja conferida a função de decidir determinada questão relativa ao interesse de uma criança ou de um adolescente e cujo descumprimento pode fundamentar a reforma<sup>377</sup> de uma decisão que não os considere. Os fatores mencionados são os seguintes: vida, saúde, segurança, educação, atendimento das necessidades físicas e emocionais da criança (como representação de sua segurança, proteção e sustento), bem como a preservação do ambiente familiar e da manutenção das relações, sem prejuízo da opinião da criança; 5- *A priori*, não há a atribuição de um valor maior a determinados fatores em detrimento de outros, razão pela qual, em caso de conflito entre eles, incumbe ao julgador a função de tentar harmonizá-los e, diante de eventual impossibilidade, avaliar qual ou quais destes fatores deve (m) preponderar em detrimento de outro (s), em determinado caso concreto; 6- Não basta apenas considerar tais fatores nas decisões judiciais ou administrativas que envolvam crianças e adolescentes. É preciso que

---

<sup>377</sup> No sentido da possibilidade de alteração da decisão pelos tribunais superiores nos casos de inobservância dos fatores que devem ser considerados para o atendimento ao princípio do superior interesse da criança, por parte do juiz, cf. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 50.



aquele a quem incumba tal decisão indique expressamente os fatores que foram considerados e de que forma foram considerados, esclarecendo, se for o caso, quais foram as circunstâncias fáticas na vida daquela determinada criança que fizeram com que um fator fenecesse para dar lugar a outro; 7- O melhor interesse da criança não é um direito fundamental autônomo. A tônica do melhor interesse da criança está relacionada à satisfação da generalidade dos direitos fundamentais titularizados pela população infantojuvenil. Portanto, o princípio não está sujeito aos limites e reservas normalmente relacionados aos direitos fundamentais; 8- Além de ser um guia interpretativo, por nem sempre coincidir com o interesse do Estado ou dos pais da criança, o princípio em tela funciona como um limite à atuação estatal e também à atuação dos adultos, sejam os genitores, seja a família alargada ou terceiros que porventura tenham um convívio mais estreito com a criança ou com o adolescente.

### **3.3 Princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento**

#### **3.3.1 Fontes**

De acordo com as conclusões do Comitê dos Direitos da Criança, o princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento está materializado no artigo 6º da CDC. Não nos prolongaremos demasiadamente neste tópico, já que parte do que aqui seria pertinente discorrer já fora abordada no capítulo 2, quando dissertamos sobre o desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes. Todavia, entendemos que ainda há alguns poucos aspectos pontuais a considerar, mormente no que tange à relação deste princípio com o direito à convivência familiar.

#### **3.3.2 Conteúdo**

O princípio ora debatido implica na determinação direcionada aos Estados Partes no sentido de garantir a todas as crianças e adolescentes o direito à vida (que engloba o direito à saúde plasmado no artigo 24º da CDC), à sobrevivência e ao desenvolvimento físico e psicológico, sendo estes dois últimos direitos na maior medida possível<sup>378</sup>, o que envolve a adoção de uma série de medidas estatais contra toda e qualquer forma de abuso, negligência, violência ou exploração, sejam elas de caráter negativo (respeito e proteção de determinados

---

<sup>378</sup> V. artigo 6º da CDC: “1- Os Estados Partes reconhecem à criança o direito inerente à vida. 2- Os Estados Partes asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”.

direitos), sejam de caráter positivo (promoção ao acesso de direitos). Como exemplo de algumas destas medidas, podemos citar o direito à saúde e ao desenvolvimento dos adolescentes, em que os Estados assumem não só o dever de respeitar a privacidade e a confidencialidade das informações médicas concernentes aos adolescentes, abstendo-se de condutas que venham de encontro a tal fim, mas também o dever de prestar informações adequadas e de promover políticas públicas relativas a questões de saúde, como fornecer informações relativas à alimentação adequada, hábitos de higiene, educação sexual (inclusive sobre métodos contraceptivos, planejamento familiar e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis).

Partindo do pressuposto de que os direitos das crianças são indivisíveis e interligados, para o desempenho dos deveres relacionados à garantia do direito à vida, à sobrevivência, à saúde e ao desenvolvimento, os Estados devem levar em consideração os quatro princípios gerais da CDC, além de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais para a realização e o monitoramento destes direitos. Para atingir tal fim, os Estados devem, sobretudo, criar um ambiente seguro e solidário no âmbito das famílias, das escolas, das instituições em que porventura vivam crianças e adolescentes e perante a sociedade como um todo. Com o intuito de auxiliar os Estados Partes a atingirem tal fim, o Comitê dos Direitos da Criança formulou um Comentário Geral especificamente voltado para a densificação deste princípio, traçando suas linhas gerais, qual seja, o Comentário Geral n.º 4, de 2003<sup>379</sup>. Neste Comentário, o Comitê fixou o entendimento de que os conceitos de “saúde e desenvolvimento” devem ser mais amplos do que aqueles definidos pelos artigos 6º (vida, sobrevivência e desenvolvimento) e 24º (saúde e suas diversas dimensões, como a universalização dos serviços básicos de saúde, medidas preventivas de saúde, a diminuição da mortalidade infantil, dentre outras) da CDC. Assim, o desenvolvimento a que alude este princípio não é somente físico, mas também mental, moral, emocional, espiritual e, portanto, inevitavelmente ligado à personalidade de crianças e adolescentes. Portanto, em última análise, não há dúvida de que o princípio ora abordado também engloba o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes e, por consequência, está atrelado à convivência familiar. Isto porque, se há um princípio geral da CDC que prega o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e, se a convivência familiar pode ser entendida também como um dos instrumentos aptos a assegurar às crianças e

---

<sup>379</sup> Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral4.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

aos adolescentes a fruição de todos estes bens jurídicos enumerados, não há como negar a nítida relação de dependência entre o princípio e o direito à convivência familiar.

Ademais, a partir do momento em que os pais desempenham um papel crucial no desenvolvimento saudável dos filhos, tanto em termos físicos, como psicológicos, posto que são figuras centrais no seu processo de percepção da vida e de socialização, figurando como a mais importante fonte de cuidados primários e de avaliação precoce de riscos, podemos apontar mais uma razão para afirmar que o princípio ora abordado também apresenta clara relação com a convivência familiar. O princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento desencadeia uma série de obrigações estatais, de caráter negativo e positivo para garantir tais valores, o que equivale a afirmar que, concomitantemente, cria-se também uma série de obrigações estatais destinadas a assegurar a convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Tratam-se de obrigações estatais necessariamente associadas. Nesta toada, o Comentário Geral n.º 15<sup>380</sup> do Comitê dos Direitos da Criança, ao tratar do conteúdo normativo do artigo 24º da CDC, recomenda aos Estados Partes que adotem providências de caráter positivo para auxiliar os pais no desempenho das suas responsabilidades para com os filhos, tais como, educação parental e grupos de apoio.

Para finalizar este tópico, destacamos que o Comitê dos Direitos da Criança firmou ainda o entendimento de que o princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento deve ser conjugado não só com a CDC, mas também com dois de seus Protocolos opcionais, o Protocolo relativo à participação de crianças em conflitos armados<sup>381</sup> e o relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil<sup>382</sup>. Para além disto, no Comentário Geral n.º 4, de 2003, o Comitê revelou especial preocupação com a fase da adolescência, período que

<sup>380</sup> Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral15.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2019.

<sup>381</sup> Este Protocolo foi adotado em 25 de maio de 2000 e entrou em vigor na ordem internacional em 12 de fevereiro de 2002. Portugal assinou o Protocolo em 06/09/20008 e o início de vigência relativamente a Portugal deu-se em 19/09/2003. O Protocolo foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/2003 ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 22/2003. O texto deste Protocolo está disponível em <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_a\\_convencao\\_o\\_sobre\\_direitos\\_crianca\\_relativo\\_%20participacao\\_conflitos\\_armados.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_a_convencao_o_sobre_direitos_crianca_relativo_%20participacao_conflitos_armados.pdf)>. Acesso em 19 ago. 2019.

<sup>382</sup> Este Protocolo também foi adotado em 25 de maio de 2000 e entrou em vigor na ordem internacional em 18/01/2002. A data de assinatura do Protocolo por Portugal foi 06/09/2000 e o início de vigência relativamente a Portugal ocorreu em 16/06/2003. O Protocolo foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003. O texto do Protocolo está disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_direitos\\_crianca\\_venda\\_crianças\\_pornog\\_infantil.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_direitos_crianca_venda_crianças_pornog_infantil.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2019.

acarreta inúmeros desafios, sobretudo na área da formação da personalidade e da sexualidade, bem como com determinados grupos que, por sua especial condição, podem estar particularmente vulneráveis à violência, ao abuso e à exploração sexual, bem como a comportamentos autodestrutivos, como é o caso dos adolescentes desprovidos de convivência familiar ou aqueles que experimentam a extrema pobreza, são expostos a conflitos armados ou ainda, no caso das crianças e adolescentes imigrantes.

### 3.4 Princípio do respeito pelas opiniões da criança<sup>383</sup>

#### 3.4.1 Fontes

A CDC, em seu artigo 12º, n.º 1 e 2 consagra expressamente um outro princípio alçado à categoria fundamental por parte do Comitê dos Direitos da Criança, qual seja, o princípio do respeito pelas opiniões da criança. Para aprofundamento das questões que gravitam em torno deste princípio, identificado pelo Comitê como um dos quatro princípios gerais da CDC, o Comitê dos Direitos da Criança elaborou o Comentário Geral n.º 12<sup>384</sup>, que dele trata especificamente. Para o Comitê, o artigo 12º da CDC estabelece não apenas um direito em si, mas também deve ser considerado na interpretação e implementação de todos os outros direitos infantojuvenis. Após a CDC, outras fontes jurídicas internacionais também consagraram o princípio, como o artigo 24, n.º 1<sup>385</sup> da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e o artigo 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças. Podemos afirmar, portanto, que o artigo 12º da CDC é a “fonte jurídica donde emergiu a dimensão e o conteúdo

<sup>383</sup> No que tange ao princípio a que alude o artigo 12º da CDC, adotaremos a nomenclatura utilizada pelo Comitê das Nações Unidas dos Direitos da Criança no Comentário Geral n.º 12 de 2009.

<sup>384</sup> O conteúdo do Comentário Geral n.º 12 do Comitê dos Direitos da Criança está disponível em: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) ou em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral12.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2019.

<sup>385</sup> Artigo 24º, n.º 1 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”. Sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Ana Maria Guerra Martins leciona: “Segundo o mandato do Conselho Europeu de Colônia, acima referido, o objectivo da Carta não é o de criar direitos novos, o que não deixou de ser objeto de críticas, mas sim o de tornar visíveis os direitos que já existem e que fazem parte do património comum dos europeus. “Assim, um dos principais objetivos da Carta é a segurança jurídica e a consequente protecção dos cidadãos”. Cf. Ana Maria Guerra Martins, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais”, *Separata de Direito e Justiça*, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, tomo 2, vol. XV, 2001, p. 209.

do direito de participação e audição da criança”<sup>386</sup>, que veio a ser adotado em instrumentos jurídicos nacionais de ambos os países ora abordados, ainda que em termos instrumentais.

Neste diapasão, torna-se oportuno traçar a distinção entre o princípio do respeito pelas opiniões da criança insculpido no artigo 12º da CDC e o princípio da oitiva obrigatória (ou audição obrigatória) e da participação da criança e do adolescente. Como já vimos, de acordo com a classificação estabelecida pelo Comitê dos Direitos da Criança, o primeiro princípio possui natureza fundamental e caráter geral, ostentando um conteúdo mais abrangente, quando comparado ao segundo. Para além disto, o princípio do respeito pelas opiniões da criança está plasmado em uma fonte internacional, qual seja, a CDC. Por sua vez, o princípio da oitiva obrigatória e participação possui caráter instrumental, na medida em que seria justamente através desta oitiva obrigatória que os operadores do Direito logriariam assegurar o efetivo respeito pelas opiniões da criança nos inúmeros casos submetidos a sua apreciação, seja em processos administrativos, seja em processos judiciais. Ora, sem ouvir crianças e adolescentes, nos casos em que estes podem manifestar o seu ponto de vista sobre alguma situação que lhes afete, dificilmente será possível respeitar e levar a sua opinião a sério. Em termos de fontes internas, o princípio da oitiva (ou audição) obrigatória e da participação encontra previsão normativa no artigo 100, parágrafo único, inciso XII do ECA (Brasil), bem assim no artigo 4º, alínea “j” da LPCJP, no artigo 3º, alínea “c” do RJPA e no artigo 4º, n.º 1, alínea “c” e artigo 5º, ambos do RGPTC, além do artigo 1901º, n.º 3 do Código Civil português (Portugal). Estes seriam, portanto, os principais traços distintivos entre os princípios ora abordados. Assim, em uma primeira abordagem, poderíamos pensar que, ainda que com terminologia diversa, o princípio do respeito pelas opiniões da criança previsto na CDC tenha sido simplesmente reproduzido na LPCJP, no RJPA, no RGPTC, na LTE, no Código Civil português e no ECA. Mas, na verdade, tratam-se de princípios que, embora tangenciem-se, possuem conteúdos diversos.

Com efeito, a oitiva obrigatória da criança, desde que seja realizada nos moldes adequados, é uma das maneiras mais eficazes de fazer com que a sua opinião seja tomada a sério nos processos administrativos ou judiciais que a ela digam respeito e no tocante às questões que lhe afetem. Não podemos perder de vista que a nossa abordagem principal diz

---

<sup>386</sup> Cf. Alcina Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 125.

respeito ao princípio do respeito pelas opiniões da criança, já que estamos a falar dos princípios fundamentais estatuídos pela CDC. Todavia, não há como debater o princípio sem tangenciar a questão da oitiva obrigatória e da participação. Portanto, quando estivermos a nos referir ao princípio geral plasmado na CDC, faremos menção ao princípio do respeito pelas opiniões da criança, ao passo que, quando estivermos a nos referir ao princípio correlato expresso nas fontes internas, faremos menção ao princípio da oitiva obrigatória e da participação.

Em termos de fontes internas, o ordenamento jurídico português consagra o princípio plasmado na CDC através da previsão expressa do princípio instrumental da participação e da oitiva obrigatória no artigo 4º, alínea “j” da LPCJP, que traz em seu bojo a audição obrigatória e participação da criança e do jovem na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, no artigo 4º, n.º 1, alínea “c” e no artigo 5º, ambos do RGPTC. E não é só. O RJPA, quando elenca os princípios orientadores da intervenção em matéria de adoção, em seu artigo 3º, também não deixa de lado o princípio da audição obrigatória e da participação, nas alíneas “c” e “d”. Da mesma forma, o n.º 2 do artigo 1878º do Código Civil português acentua a importância do respeito pelas opiniões da criança, de acordo com a sua maturidade, cabendo, ainda, aos pais reconhecer a autonomia progressiva dos filhos no que diz respeito à organização das suas próprias vidas, em perfeita consonância com o disposto no artigo 12º da Resolução da A.R n.º 20/90.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, temos como fonte interna do princípio sobretudo o disposto no artigo 100, parágrafo único, inciso XII do ECA<sup>387</sup>, que prevê a oitiva obrigatória e a participação como um dos princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção a crianças e adolescentes. Para além dos dispositivos citados, este princípio é irradiado pelo ordenamento jurídico interno de ambos os países, em outras disposições legais, tais como o artigo 45, § 2º do ECA, que exige o consentimento do adotando maior de doze anos de idade no que tange à sua adoção, bem como o disposto no artigo 35º, n.º 3 do RGPTC, que trata da conferência relativa aos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e

---

<sup>387</sup> O inciso XII do parágrafo único do artigo 100 do ECA faz menção à expressão “oitiva obrigatória e participação” e não à audição obrigatória, como ocorre nas fontes internas portuguesas. Neste sentido, ponderamos que, de acordo com o Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa, o termo oitiva significa: “Ação ou efeito de ouvir aquilo que está sendo dito sobre uma coisa em específico; audição”. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/oitiva/>>. Acesso em 06 ago. 2019. Portanto, consideramos que se tratam de expressões sinônimas para designar um mesmo princípio, que, em última análise, vem a atender ao princípio do respeito pelas opiniões da criança insculpido na CDC. Contudo, para fins de simplificação e por mera questão de opção, adotaremos a expressão “oitiva”.

resolução de questões conexas, o artigo 84º da LPCJP, o artigo 1904º-A, n.º 3 do Código Civil português, que determina ao tribunal que ouça o menor, sempre que possível, nos casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de fato, bem assim o artigo 45º da LTE<sup>388</sup>, que trata dos direitos do menor que pratica fato qualificado pela lei como crime.

### 3.4.2 Conteúdo

Sistematizadas as fontes internacionais e internas do princípio sobre o qual estamos a nos debruçar, cumpre-nos adentrar as questões que envolvem o seu conteúdo. Afinal, em que consiste exatamente o princípio do respeito pelas opiniões da criança? Trata-se, a toda evidência, de um princípio influenciado diretamente pela dignidade da pessoa humana, pela liberdade e pela autonomia da criança<sup>389</sup>. Para compreender o sentido deste princípio, não podemos nos olvidar que, como já tivemos a oportunidade de expor no capítulo I, toda a tônica instaurada pela CDC gira em torno da concepção da criança como sujeito de direitos, dentre os quais o inequívoco “direito de participação na tomada de decisões”<sup>390</sup> que, de alguma forma, possam influenciar a sua vida, tendo sido ultrapassada a perspectiva da criança como ser incapaz de decisões racionais<sup>391</sup>. Portanto, é esta a perspectiva que deverá nos servir de bússola a partir de agora, quando do enfrentamento deste princípio. Devemos lembrar também que, o atual regime jurídico infantojuvenil de ambos os países abordados deixou para trás a excessiva intervenção estatal para dar lugar a um sistema caracterizado pelo respeito aos direitos fundamentais não só da criança, mas também daqueles incumbidos do exercício das responsabilidades parentais (ou poder familiar)<sup>392</sup>. Assim sendo, veremos que muitas das

<sup>388</sup> Por não constituir o cerne da nossa investigação, não abordaremos as questões atinentes ao processo tutelar educativo plasmado na lei n.º 166/99, de 14 de setembro (LTE). Sobreleva esclarecer apenas que, no Brasil, a prática de conduta descrita como crime ou contravenção penal pela lei por pessoa menor de dezoito anos de idade configura ato infracional e não crime, nos moldes do disposto no artigo 103 do ECA.

<sup>389</sup> Cf. Alcina Costa Ribeiro, “Autonomia da criança no tempo de criança”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (Coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 25.

<sup>390</sup> Com este entendimento, cf. Cristina M. Araújo Dias, “Nos 25 anos da Convenção sobre os direitos da criança: A proteção dos direitos da criança na lei de proteção de crianças e jovens em perigo”, in André Paulino Piton/ Ana Teresa Carneiro (Coord.), **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**, Lisboa, 2016, p. 330.

<sup>391</sup> Neste sentido, recorremos às lições de Maria Clara Sottomayor, para quem “a teoria dos direitos das crianças e o estatuto das crianças, como sujeitos morais e jurídicos, resultam de ter sido ultrapassada pelas ciências sociais a visão cultural das crianças como seres incapazes de decisões racionais”. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 19.

<sup>392</sup> Comungamos do entendimento de que a expressão portuguesa “responsabilidades parentais” corresponde à expressão brasileira “poder familiar”, tratando-se apenas de opções terminológicas diferentes para designar o mesmo instituto. Neste sentido, cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**. 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 247, nota n.º 601.

dificuldades que atravessam a seara do direito das crianças estão relacionadas à identificação do exato limite entre a necessidade de intervenção estatal e a não intervenção, já que, se, por um lado, uma pífia intervenção estatal pode inviabilizar determinados direitos das crianças e adolescentes, por outro lado, uma excessiva intervenção estatal também pode resvalar em um “atestado de incompetência”<sup>393</sup> dos pais e na respectiva limitação injustificada de seus direitos.

Feitas estas considerações iniciais sobre o princípio do respeito pelas opiniões da criança, passemos à análise do seu conteúdo propriamente dito, por meio da destriça das disposições constantes dos números 1 e 2 do artigo 12º da CDC. O n.º 1 do artigo 12º da CDC prega que incumbe aos Estados Partes o dever de garantir a toda e qualquer criança que tenha capacidade de discernimento o direito de expressar livremente a sua opinião sobre questões que lhe digam respeito, com a peculiaridade de que esta opinião deve ser levada em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade. Isto importa dizer, primeiramente, que não há dúvida acerca da existência de um dever estatal no sentido de assegurar a toda e qualquer criança e adolescente o direito de expressar livremente a sua opinião, não havendo, pois, qualquer espaço para discricionariedade neste tocante. Assim, o Estado assume o dever não só de proteger e respeitar este direito, eliminando qualquer óbice à manifestação de opinião da criança em todo e qualquer processo administrativo ou judicial, mas também assume um dever de natureza positiva, a partir do momento que a ele incumbe garantir todos os mecanismos para que tal opinião seja manifestada e levada a efeito, o que pode vir a desencadear a necessidade de alterações legislativas internas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes.

O segundo ponto a destacar está relacionado à capacidade de discernimento da criança ou do adolescente para expressar as suas opiniões, de acordo com o disposto no artigo 12º, n.º 1 da CDC. A capacidade a que alude o dispositivo não se confunde com a capacidade civil prevista nos ordenamentos jurídicos abordados neste trabalho. A incapacidade civil é suprida pelo exercício do poder familiar<sup>394</sup> (Brasil) ou pelo exercício das responsabilidades

---

<sup>393</sup> A expressão é da lavra de Cristina M. Araújo Dias. Cf. Cristina M. Araújo Dias, “Nos 25 anos da Convenção sobre os direitos da criança: A proteção dos direitos da criança na lei de proteção de crianças e jovens em perigo”, in André Paulino Piton/ Ana Teresa Carneiro (Coord.), **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**, Lisboa, 2016, p. 330.

<sup>394</sup> V. artigos 1.630 e 1634, inciso VII, ambos do Código Civil brasileiro: Artigo 1630 do CCB: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Artigo 1634: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”.



parentais<sup>395</sup> (Portugal) ou, ainda, subsidiariamente, pela tutela, e não engloba os atos de natureza estritamente pessoal que crianças e adolescentes têm o direito de praticar livremente, dentre os quais se enquadra o direito de emitir a sua opinião sobre um assunto que lhe é afeto<sup>396</sup>. Quanto a este aspecto, devemos lembrar que, em termos de direitos fundamentais, perde força a necessidade de distinção entre a capacidade de gozo e de exercício<sup>397</sup>. Para além disto, eventual dúvida neste sentido, seria dirimida pela primeira parte do próprio artigo 123º do Código Civil português<sup>398</sup>, na medida em que este caso constituiria uma exceção à regra geral de incapacidade para o exercício de direitos<sup>399</sup>. Para que a criança e/ou o adolescente tenha o direito de expressar livremente a sua opinião basta, portanto, que tenha capacidade de discernimento. Porém, quanto à capacidade de discernimento exigida pela norma, consideramos pertinente a abordagem da seguinte problemática: há o estabelecimento de alguma idade a partir da qual a criança já poderia ser considerada dotada de discernimento suficiente para se expressar? O dispositivo não faz menção a qualquer idade, de modo que não nos parece que deva o intérprete da norma estabelecer qualquer limitação neste sentido. Sobre este aspecto, o Comentário Geral do Comitê dos Direitos das Crianças n.º 12 fornece substrato suficiente para afirmar que os Estados Partes não devem introduzir em suas respectivas legislações limites etários para restringir o direito de expressão da criança. Citando pesquisas<sup>400</sup>

---

<sup>395</sup> V. artigo 124º do CC: “A incapacidade dos menores é suprida pelo poder parental e, subsidiariamente, pela tutela, conforme se dispõe nos lugares respectivos”. Neste tocante, ressaltamos que, apesar de a lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, não ter alterado expressamente a redação do artigo 124º do Código Civil português, mantendo, pois, a expressão “poder parental”, ao invés de “responsabilidades parentais”, concordamos com as reflexões de Alcina da Costa Ribeiro, quando afirma que a unidade do sistema jurídico no que tange à natureza, ao conteúdo e às finalidades do instituto exige que façamos uma interpretação atual e extensiva do artigo 3º, n.º 2 da lei n.º 61/2008, de modo que seria salutar e adequada a substituição do termo “poder parental” por “responsabilidades parentais” também no artigo 124º do CC e não apenas nas disposições da secção II do capítulo II do Título III do Livro IV do Código Civil. Cf. Alcina Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 130.

<sup>396</sup> Com este entendimento, cf. *idem, ibidem*, p. 131. A autora ressalta que, no caso de exercício dos direitos que a LPCJP atribui diretamente e pessoalmente à criança, na qualidade de sujeito processual autónomo e independente de seus representantes, a regra da incapacidade geral para o exercício destes mesmos direitos fica afastada.

<sup>397</sup> Neste sentido, Maria Clara Sottomayor pondera: “O Direito das Crianças não estuda a criança através do conceito de incapacidade de exercício. Em matéria de direitos fundamentais perde sentido a tradicional distinção entre capacidade de gozo e de exercício, não sendo possível separar a titularidade de direitos fundamentais da capacidade do seu exercício, sobretudo, se pensarmos nos direitos de personalidade, como os direito à vida, à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade. O conceito de incapacidade de exercício é substituído por um conceito gradativo de capacidade natural, de acordo com escalões etários, que reconhecem as aptidões físicas, psíquicas, intelectuais e volitivas das crianças, como pessoas dotadas de vontade e liberdade”. Cf. Maria Clara Sottomayor, **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 19.

<sup>398</sup> Artigo 123º do CC português: “Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos”.

<sup>399</sup> Cf. Alcina Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 131.

<sup>400</sup> Cf. G. Lansdown, “The evolving capacities of the child”, Innocenti Research Centre, **UNICEF/Save the Children**, Florence, 2005.

que demonstram que a criança já é capaz de formar opiniões desde a mais tenra idade, ainda que não seja capaz de expressá-las nos moldes normalmente considerados adequados, o Comitê elaborou algumas recomendações<sup>401</sup> específicas para uniformizar entendimentos quanto ao alcance da expressão “capacidade de discernimento”. Em primeiro lugar, o Comitê sublinha que também deverão ser reconhecidas e respeitadas formas não verbais de comunicação, tais como, a linguagem corporal, as expressões faciais, o desenho, a pintura, formas através das quais crianças desde tenra idade poderão demonstrar suas opiniões, escolhas e preferências. Para além disto, o Comitê considera que, para expressar suas opiniões, não é necessário que a criança tenha entendimento total sobre todas as questões que lhe afetam, bastando que seja capaz de formar seus próprios pontos de vista sobre o assunto. Da mesma forma, os Estados Partes têm o dever de garantir a implementação do direito de expressão a crianças que experimentam algum tipo de dificuldade para expressar as suas opiniões, como pode ser o caso das crianças que tenham necessidades especiais ou, ainda, aquelas oriundas de comunidades indígenas, crianças migrantes ou que não sejam capazes de se expressar na língua do local onde serão ouvidas. Por fim, o Comitê adverte que os Estados Partes devem estar atentos para os possíveis efeitos deletérios que podem advir de uma oitiva impensada e desprovida dos cuidados necessários envolvendo crianças muito jovens ou que tenham sido vítimas de algum tipo de violência, como, por exemplo, abuso sexual ou maus tratos.

Feitas estas considerações, entendemos que as limitações etárias para a oitiva da criança ou do jovem devem ser vistas com reservas, já que o norte a ser seguido pelo julgador deverá ser sempre o da maturidade da criança para compreender a situação e se manifestar, em consonância com os ditames da CDC. Nada impede, por exemplo, que, em um determinado caso concreto, uma criança de quatro anos de idade seja capaz de se manifestar sobre fato relevante que tenha o condão de afetar a sua vida.

Outra questão importante a abordar ainda no tocante ao n.º 1 do artigo 12º da CDC é aquela relativa à expressão “exprimir livremente a sua opinião sobre questões que lhe respeitem”. A opinião a que nos referimos é a da própria criança, livre de influências externas e na forma que ela lograr expressá-la, e não a opinião de seus genitores, dos seus demais familiares ou de terceiros. O princípio do respeito à opinião da criança não a coloca na posição

---

<sup>401</sup> Tais recomendações constam do item n.º 21 do Comentário Geral n.º 12 do **Comitê dos Direitos das Crianças**. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral12.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2019.

de mensageira destas pessoas, tampouco de testemunha dos fatos alegados por cada um dos genitores ou por ambos, quando estes estiverem na qualidade de partes em um determinado processo, seja ele de que natureza for<sup>402</sup>. Por outro lado, o respeito pela opinião da criança não equivale à afirmação de que a sua opinião e a sua vontade serão fatores exclusivamente determinantes para o deslinde de qualquer feito administrativo ou judicial a ela relacionado. Não há, pois, chancela jurídica a uma ditadura imposta pela criança. Respeitar a opinião da criança não significa acatá-la a todo e qualquer custo. Entre o respeito e o eventual acatamento desta opinião há uma considerável distância. O acatamento da opinião manifestada pela criança dependerá de uma conjunção de fatores variáveis, tais como, a sua idade, a seu grau de maturidade, a compatibilidade entre esta opinião e o seu melhor interesse, bem assim outras circunstâncias a dependerem do caso concreto. Tencionamos deixar claro que o respeito pelas opiniões da criança, evidentemente, deve ser pautado pelo seu melhor interesse, o que equivale a afirmar que tal opinião deve ceder quando for contrária a tal interesse. Portanto, em caso de necessidade de ponderação entre o princípio do melhor interesse da criança e o princípio do respeito pelas opiniões da criança ou mesmo o princípio da participação e da audição obrigatória, estes últimos devem ceder em razão do seu carácter instrumental<sup>403</sup>. Isto ocorre porque a oitiva da criança consubstancia-se em um dos meios para a prossecução do seu melhor interesse<sup>404</sup>, o que corrobora a afirmação de que o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança é mais abrangente que o princípio ora abordado.

Por fim, o n.º 1 do artigo 12º da CDC refere-se ao direito da criança de ter a suas opiniões manifestadas levadas a sério, de acordo com a sua idade e maturidade. Da simples leitura do artigo 12º, depreendemos que, primeiramente, garante-se às crianças que possuem capacidade

---

402 Neste sentido, Cf. Jorge Dias Duarte, “Sobre a obrigatoriedade da audição de menores (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, proc. nº 43/13.4TMBRG.G1.RG: protecção de crianças e jovens em perigo - instrução do processo - preterição da audição do menor - nulidade da decisão)”, in **Revista do Ministério Público**, ano 36, n.º 141, janeiro a março de 2015, Lisboa, 1980, p. 200.

403 Neste sentido, Alcina da Costa Ribeiro defende que: “Se o superior interesse da criança surge como o pilar de todas as decisões que a esta digam respeito, o direito da participação e audição da criança constitui-se como um dos melhores meios para concretizar aquele”. Cf. Alcina da Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 124.

404 Neste sentido, Jorge Dias Duarte sublinha que “o direito dos menores a serem ouvidos- para além de traduzir o paulatino reconhecimento da (s) criança (s) também como verdadeiro (s) sujeito (s) de direito (s), foi consagrado, afinal e também, em obediência ao superior interesse dos próprios menores”. O autor ainda pontua a existência de vasta jurisprudência no sentido de que a audição dos menores nos processos relativos a responsabilidades parentais é a “forma mais lúdica de auscultar o superior interesse da criança”. Cf. Jorge Dias Duarte, “Sobre a obrigatoriedade da audição de menores (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, proc. nº 43/13.4TMBRG.G1.RG: protecção de crianças e jovens em perigo - instrução do processo - preterição da audição do menor - nulidade da decisão)”, in **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 36, n.º 141, janeiro a março de 2015, 1980, p. 203. p. 208.

de discernimento o direito de expressar livremente a sua opinião sobre questões que lhes sejam afetas, sendo que, concomitantemente, garante-se às crianças que assim o fizerem o direito de ver estas opiniões levadas em consideração de alguma forma. O grau de consideração desta opinião manifestada dependerá da idade e da maturidade da criança, além de outros fatores. A própria terminologia utilizada para designar o princípio nos indica duas questões subjacentes. A primeira diz respeito ao direito que a criança tem de ser ouvida sempre que tiver capacidade de discernimento e condições de manifestar a sua vontade, seja de forma direta ou indireta. A segunda questão diz respeito à participação da criança nos atos e na definição de medidas que lhe sejam pertinentes, o que equivale a dizer que existe não somente a obrigatoriedade de a criança ser ouvida e manifestar a sua opinião, mas também a obrigatoriedade de que esta opinião seja levada em consideração e “tomada a sério”<sup>405</sup> por parte do juiz ou tribunal, evitando-se, com isto, que seja apenas uma das formalidades a seguir. Tal afirmação tem por consequência o fato de que, se porventura, a opinião da criança não puder ser acolhida, os motivos para tal recusa devem ser expressamente fundamentados pelo administrador ou pelo julgador. Para além disto, esta oitiva deverá ser realizada em ambiente adequado e com técnicos especializados que a façam se sentir livre e segura para expressar o que deseja e, assim, poder emitir o seu ponto de vista sobre um determinado assunto que lhe diga respeito.

Em prosseguimento, o n.º 2 do artigo 12º da CDC prega que, para que a criança possa expressar livremente a sua opinião, será assegurada a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais ou administrativos a ela relativos, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado<sup>406</sup>. Assim, a própria CDC mostra o principal caminho para que as opiniões sejam expressas e devidamente consideradas, sendo que tal oitiva poderá ser feita por meio direto ou indireto, neste último caso, através de representante ou organismo adequado.

O princípio do respeito pela opinião da criança implica no dever estatal correlato de conceder a esta o direito de ser ouvida, o que implica em afirmar que o dever não é de ouvir a criança a todo e qualquer custo, mas sim o de oportunizar a sua oitiva, consultando-a previamente neste sentido. A criança deverá estar ciente de que, se assim desejar, poderá ser

---

<sup>405</sup> Neste sentido, Alcina da Costa Ribeiro, para quem “a consideração pela opinião da criança significa, antes de mais, que não basta permitir-lhe que exprima a sua opinião mas, mais do que isso, é necessário levá-la a sério”. Cf. Alcina Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 139.

<sup>406</sup> V. artigo 12º, n.º 1 e 2 da CDC.

ouvida em todo e qualquer processo administrativo ou judicial cujo deslinde possa lhe afetar de alguma forma, bem como que poderá manifestar a sua opinião, emitindo o seu ponto de vista sobre este aspecto. Portanto, caso a criança não deseje se manifestar, há de ser respeitada também a sua vontade neste sentido, não havendo que se falar em qualquer nulidade em razão da ausência de oitiva (desde que à criança ou ao adolescente tenha sido oportunizado o direito a ser ouvido e assim tenha se manifestado negativamente)<sup>407</sup>. Em trocadilhos, isto importa em dizer que a criança tem o direito de não exercer este direito que lhe é conferido pela CDC. Destarte, a manifestação de opinião sobre determinado assunto que lhe afete é uma escolha da criança e não uma obrigação. Esta assertiva, aliás, está claramente expressa no item n.º 16 do Comentário Geral do Comitê dos Direitos da Criança n.º 12.

O princípio do respeito pelas opiniões da criança também assume particular importância quando se trata de assegurar o direito à convivência familiar a crianças e adolescentes, posto que não raro, a opinião manifestada será de crucial importância para determinar o caminho a ser seguido nos processos judiciais para alcançar este direito. Todavia, o que fazer quando a opinião da criança aparenta contrastar com seus interesses? Como proceder, por exemplo, caso uma criança com plena capacidade de discernimento manifestar a sua opinião no sentido de que deseja ser mantida no seio de uma família de origem que insiste em violar regularmente os seus direitos mais básicos? Desde que tenha sido oportunizada à criança a possibilidade de se manifestar de maneira adequada, temos que a resposta à indagação deve apontar na direção do seu melhor interesse. Isto porque, como vimos no ítem 3.2 deste capítulo, em razão do seu conteúdo mais abrangente, o princípio do melhor interesse da criança deve ser entendido como o verdadeiro norte do Direito infantojuvenil, pelo que possui um peso maior perante os demais, mormente quando diante do princípio da oitiva obrigatória, de caráter instrumental. Como

---

<sup>407</sup> Na concepção de Alcina da Costa Ribeiro, “a criança tem a liberdade de exprimir ou não a sua opinião, ou seja, tem o direito de escolher entre falar ou não falar sobre o assunto em questão”. Cf. Alcina Costa Ribeiro, “O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, p. 138. Em análise crítica de um acórdão oriundo do Tribunal da Relação de Guimarães, Jorge Dias Duarte assevera que “nem os normativos nacionais nem os decorrentes de instrumentos internacionais vinculantes para o Estado português impõem que se proceda, sempre, à audição dos menores; antes, fazendo depender tal audição de uma prévia, serena e muito rigorosa avaliação da efectiva capacidade de o menor/jovem prestar declarações de forma livre (leia-se, não contaminada emocionalmente), tendo-se em atenção a concreta criança/jovem dos autos e a natureza do (também concreto) processo para aferir se, de facto se deve colher o respectivo depoimento, pois que só assim se concretizará, de forma plena, o espírito ínsito aos comandos convencionais e legais (e directrizes) anteriormente mencionados”. Cf. Jorge Dias Duarte, “Sobre a obrigatoriedade da audição de menores (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, proc. n.º 43/13.4TMBRG.G1.RG: protecção de crianças e jovens em perigo - instrução do processo - preterição da audição do menor - nulidade da decisão)”, in **Revista do Ministério Público**, ano 36, n.º 141, janeiro a março de 2015, Lisboa, 2015, p. 210.

podemos perceber, do princípio em pauta, emergem algumas questões polêmicas das quais nos ocuparemos brevemente a partir de agora.

### 3.4.3 Questões relevantes sobre o princípio

Atualmente, uma das questões mais importantes que giram em torno do princípio do respeito pelas opiniões da criança está relacionada à materialização da sua oitiva. A legislação de ambos os países prevê a necessidade de condições adequadas para que esta oitiva seja pautada pelo respeito à condição da criança, em um espaço não intimidador e manejada por técnicos especializados que sejam capazes de assegurar a liberdade da criança para expressar suas opiniões. No ordenamento jurídico português, a audição da criança está regulada no artigo 5º do RGPTC, que define as principais diretivas para a audição da criança, bem como para a tomada de declarações desta, dispondo acerca da aplicação subsidiária do regime processual civil previsto para a prova antecipada.

No Brasil, a fim de sistematizar o depoimento especial de crianças e adolescentes, também denominado de depoimento sem dano, o legislador editou a lei n.º 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera dispositivos do ECA, definindo diretrizes básicas para a escuta especializada e para o depoimento especial de crianças e adolescentes. A escuta especializada difere do depoimento especial, na medida em que não tem por fim a produção de prova. O depoimento especial, a seu turno, é um procedimento de oitiva que tem por escopo a produção de provas e é realizado perante autoridade policial ou judiciária. A lei n.º 13.431/2017, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n.º 9.603, de 10 de dezembro de 2018, que, para além de definir nove princípios que o regem, define e detalha a escuta especializada<sup>408</sup>, o depoimento especial e a capacitação dos profissionais do sistema de garantias de direitos das crianças e adolescentes. Dentre outros princípios, a lei prevê que a escuta especializada e o depoimento

---

<sup>408</sup> O artigo 19 do Decreto 9.603/2018 define a escuta especializada como sendo o “procedimento realizado pelos órgãos da rede de proteção nos campos da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, com o objetivo de assegurar o acompanhamento da vítima ou da testemunha de violência, para a superação das consequências da violação sofrida, limitado ao estritamente necessário para o cumprimento da finalidade de proteção social e de provimento de cuidados”. O artigo 22 do Decreto, por sua vez, define o depoimento especial: “É o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante a autoridade policial ou judiciária com a finalidade de produção de provas”.

especial deverão ser regidos pelo respeito à privacidade da criança ou do adolescente, pela brevidade desta escuta ou do depoimento e pela adequação dos ambientes em que se dará o ato. Antes mesmo da edição da lei n.º 13.431/2017, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro (CNJ) já havia reconhecido a necessidade de uma disciplina uniforme para o depoimento especial de crianças e adolescentes, motivo pelo qual, em 2010, editou a Recomendação n.º 33 de 2010, que exorta os tribunais de todo o país a implantarem um sistema de depoimento mediante gravação em vídeo para crianças e adolescentes, em ambiente adequado e tomado por profissionais especializados para tal fim.

Sobre esta normatização do depoimento especial, podemos extrair uma importante indagação: a quem deve incumbir este depoimento? Em outras palavras, quem seria o profissional mais abalizado para garantir à criança ou ao adolescente a liberdade e o conforto necessários para serem ouvidos? Seria o juiz, o Ministério Público, servidor do tribunal ou outro técnico especializado? Ao contrário do que ocorre com a audição da criança prevista no RGPTC, em que, ainda que a criança possa contar com a assistência de técnico especializado, a audição e a tomada de declarações é promovida pelo juiz, o artigo 26 do Decreto 9.603/2018 não define a área destes profissionais do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha, limitando-se a determinar que o depoimento especial seja conduzido por autoridades capacitadas, que, por sua vez, deverão participar de cursos destinados a garantir o desempenho adequado das suas funções<sup>409</sup>. Se, por um lado, esta indefinição legal não engessa a titularidade para o exercício desta atividade, o que é salutar, mormente diante da carência de servidores nos quadros das Varas da Infância e da Juventude de todo o país, por outro lado, abre um leque muito amplo de possibilidades para o exercício desta função, o que pode ser prejudicial, diante da desejável especialização destes profissionais, na busca do melhor interesse da criança a ser ouvida. A opção ideal para a realização do ato, a nosso ver, conduziria-nos aos profissionais especializados na área da Psicologia e da Assistência Social. Todavia, entendemos que, diante do recrudescimento da demanda judicial e da insuficiência no número de servidores, nada impede que profissionais de outras áreas do saber realizem tais atos, desde que estejam capacitados para tanto, como a própria lei exige.

---

<sup>409</sup> Art. 26 do Decreto n.º 9.603/2018: “O depoimento especial deverá ser conduzido por autoridades capacitadas, observado o disposto no art. 27, e realizado em ambiente adequado ao desenvolvimento da criança ou do adolescente”. Art. 27 do Decreto n.º 9.603/2018: “Os profissionais do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência participarão de cursos de capacitação para o desempenho adequado das funções previstas neste Decreto, respeitada a disponibilidade orçamentária e financeira dos órgãos envolvidos”.

Portanto, a partir da edição da lei n.º 13.431/2017, a escuta especializada e o depoimento especial de crianças e adolescentes deixaram de ser uma mera exortação para se consubstanciarem em um dever estatal. Não é, pois, mera opção deixada ao alvedrio do órgão policial ou do julgador e sim um dever do qual o Estado não pode se desincumbir. Tanto assim é que, como já decidiu o STJ brasileiro, no RHC 45589/MT (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2014/0041101-2), julgado em 24/02/2015<sup>410</sup>, mesmo nos casos de processos criminais em que crianças ou adolescentes figurem como vítimas, a sua oitiva mediante depoimento especial, em que não há a presença do réu e de seu defensor, não inquina de nulidade o ato, já que não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

Outra questão que tem desafiado a atenção das cortes brasileiras versa sobre a possibilidade de dispensa do depoimento sem dano por parte da criança ou do adolescente, mesmo que devidamente representado ou assistido<sup>411</sup> pelos seus pais. Seria juridicamente possível esta dispensa, tanto em processos de natureza cível, como de natureza penal? Em outras palavras, seria esta dispensa compatível com o princípio do melhor interesse da criança? Haveria algum tipo de nulidade proveniente desta dispensa? O STJ brasileiro já enfrentou a questão no acórdão relativo ao HC 422635/ *HABEAS CORPUS* 2017/0281009-6<sup>412</sup>, de 26/02/2019. Na oportunidade, ao julgar um *habeas corpus* que versava sobre estupro de vulnerável, o STJ decidiu no sentido da ausência de nulidade e de cerceamento de defesa pelo fato de a vítima e a sua genitora terem optado pelo depoimento perante o juízo, dispensando, pois, a oitiva especial recomendada pelo CNJ. O acórdão ressaltou que, na medida em que o depoimento sem dano tem por fim evitar a revitimização do ofendido, tornando, pois, desnecessárias sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, e, na medida em que esta colheita

---

<sup>410</sup> Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=45589&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=45589&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em 14 out. 2020.

<sup>411</sup> No Brasil, a diferença de terminologia entre os institutos da representação e da assistência ganha relevo, na medida em que o artigo 3º do Código Civil brasileiro dispõe que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, de modo que, para a prática dos atos civis, deverão ser representados por seus pais, ao passo que o artigo 4º do mesmo diploma legal dispõe que os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos são considerados incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, sendo assistidos por seus pais. Em Portugal, o Código Civil não estabeleceu tal distinção, na medida em que o artigo 122º dispõe que é considerado menor quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade, ao passo que o o artigo 123º estabelece que, salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos. Ainda de acordo com o CC, esta incapacidade dos menores é suprida pelo poder parental e, subsidiariamente, pela tutela (artigo 124º do CC).

<sup>412</sup> HC 422635/ *SP HABEAS CORPUS* 2017/0281009-6- Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro; Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ; Data do Julgamento: 26/02/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92274762&num\\_registro=201702810096&data=20190312&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92274762&num_registro=201702810096&data=20190312&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 08 set. 2020.



especial de provas é disponibilizada às vítimas e testemunhas de violência, para o seu devido resguardo, estão sob a sua discricionariedade, pelo que não é plausível o reconhecimento de eventual nulidade por força da sua não realização, quando a vítima ou a testemunha manifesta o desejo de depor perante o magistrado, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

A seu turno, a questão da valoração da opinião e da vontade manifestada pela criança durante a sua audição obrigatória nas decisões que lhe afetem já foi enfrentada em Portugal, pelo que notamos do teor do acórdão relativo ao processo n.º 2403/15.7T8SXL-A.L1-2<sup>413</sup>, de 23/05/2019, oriundo do Tribunal da Relação de Lisboa. No aresto citado, o tribunal entendeu que não deve estar vinculado estritamente à opinião e à vontade da criança, pois, não raro, o superior interesse desta colide com a vontade por ela manifestada. Destarte, o juiz não deve ser um mero receptor daquela vontade ou daquela opinião, mas deve recolher aquela manifestação de vontade, observá-la e cumpri-la acriticamente, tendo em conta que o seu norte deve ser o melhor interesse da criança.

### **3.5. Princípio da prevalência da família (ou da manutenção das relações familiares)**

#### **3.5.1 Fontes**

A mais importante fonte internacional do princípio da prevalência da família é a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), em seu artigo 9º, mas também podemos apontar outras emanações deste princípio, como, por exemplo, o artigo 24º, n.º 3<sup>414</sup> da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Em termos de fontes internas, o princípio está plasmado nas Constituições de ambos os países abordados, mais precisamente no artigo 36º, n.º 6 da CRP e no artigo 227, *caput*, da CRFB. Ao determinar que os filhos não podem separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial, a CRP consagra a norma-princípio da manutenção das relações familiares e, concomitantemente, especifica em seu próprio texto qual seria a

---

<sup>413</sup> Cf. Processo n.º 2403/15.7T8SXL-A.L1-2; Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Arlindo Crua; Data do Acórdão: 23/05/2019; Meio processual: Apelação. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9ef593851a30c46280258408002b89ae?OpenDocument&Highlight=0,2403%2F15.7T8SXL-A.L1-2>>. Acesso em 08 set. 2020.

<sup>414</sup> Artigo 24º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: N.º 3: “Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses”.

justificação relevante para a sua restrição. Da mesma forma, o artigo 227, *caput* da CRFB não deixa de consagrar este princípio, quando prega o dever conjunto da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar. Nas respectivas legislações internas, são diversos os dispositivos que tratam do princípio da prevalência da família ou da manutenção das relações familiares, dentre eles: artigo 4º, alínea “h” da LPCJP, artigo 3º, alínea “f” do RJPA (Portugal), artigo 4º, alínea “d” do Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro e artigo 19 e seus parágrafos do ECA (Brasil), dentre outras disposições legais que também refletem as diretrizes emanadas por este princípio que especialmente nos interessa para o desenvolvimento deste trabalho.

### 3.5.2 Conteúdo

Para além de extrairmos deste princípio o direito à convivência familiar atribuído a crianças e adolescentes, o conteúdo do princípio da prevalência da família também gera para o Estado o dever de adotar medidas que viabilizem a convivência familiar, com a consequente integração da criança e do adolescente em família, seja esta biológica ou não. Portanto, o Estado tem não só o dever de adotar medidas que possibilitem o fortalecimento das famílias para que estas possam cumprir os seus deveres para com os seus filhos e mantê-los em sua companhia, mas também tem o dever de intervir nos casos em que estas famílias estejam a colocar as suas crianças e/ou adolescentes em situação de risco ou perigo, perquirindo a melhor forma de restituir a estas crianças e adolescentes a convivência familiar eventualmente perdida. Ao observarmos os textos de ambas as Constituições, perceberemos que, embora tratem do mesmo princípio, o fazem em termos diferentes, ao menos aparentemente. A CRP determina que uma eventual separação entre pais e filhos somente poderá ocorrer para atender ao melhor interesse da própria criança e, ainda assim, mediante uma justificação relevante e determinada pela própria Constituição<sup>415</sup>, qual seja, caso os genitores não cumpram os seus deveres fundamentais para com os filhos, colocando-os em risco ou em situação de perigo<sup>416</sup>. Enquanto a CRP alude

---

415 V. artigo 36º, n.º 5 e 6 da CRP: “5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

416 Enquanto no ordenamento jurídico brasileiro normalmente recorre-se à expressão “crianças em situação de risco” para designar as situações legitimadoras da intervenção estatal, no ordenamento jurídico português, a expressão utilizada correntemente para designar estes tipos de situações é “crianças e jovens em perigo”, como podemos observar em diversos dispositivos da LPCJP. O artigo 3º da LPCJP enumera, ainda que de forma exemplificativa, as situações em que crianças ou jovens são considerados em perigo. Muito embora sejam utilizados como termos sinônimos, há uma substancial diferença entre risco e perigo, ao menos no ordenamento jurídico português. Sobre tal distinção, Paulo Guerra estabelece uma gradação entre os dois tipos de situações, ao admitir que a situação de perigo vem a ser mais grave que a de risco. Assim avverte o autor: “Sabemos que nem

à impossibilidade de separação dos pais sem uma justificação relevante, a CRFB menciona expressamente a convivência familiar de forma mais abrangente. Como não é dado ao intérprete fazer uma restrição onde o legislador constituinte não o fez, chegaremos inevitavelmente à conclusão de que esta convivência pode se dar com a família biológica ou não. Contudo, mesmo não tendo a CRP feito menção à família extensa ou alargada ou à família substituta, logo após, em seu artigo 36º, n.º 6, trouxe uma norma que determina que a adoção deve ser regulada e protegida nos termos da lei, que, por sua vez, deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação. Embora não tenha tecido maiores detalhes sobre a adoção, diante da importância do instituto, entendido como uma das formas de colocação em família substituta, o legislador constituinte optou por prever expressamente a adoção no texto da Carta, o que evidencia a sua intenção de evitar que fosse suprimida de qualquer forma, mas, ao revés, protegida. Portanto, concluímos que a diferença entre a previsão deste princípio em sede constitucional de ambos os países é apenas aparente, eis que, na sua essência, ambas as Constituições consagram a prevalência da família, seja ela de que natureza for.

Em termos infraconstitucionais, no ordenamento jurídico interno português, podemos extrair da redação da alínea “h” do artigo 4º da LPCJP a tônica da prevalência da família não só em um sentido mais restrito (no âmbito da família biológica ou de origem), mas sim em sentido amplo. O dispositivo deixa claro que, para fins de promoção dos direitos e da proteção de crianças e jovens, deve ser dada preferência às medidas que os integrem em família, quer seja esta biológica, quer seja através da promoção da adoção ou de outra forma de integração familiar estável. Portanto, o dispositivo alude genericamente à expressão “em família”, seja ela de que natureza for. Deste modo, no processo de interpretação deste princípio, não devemos nos afastar da ideia de que, em alguns casos, não devemos buscar a família biológica a todo e qualquer custo, afastando, pois, todas as demais possibilidades de família para uma determinada criança. De fato, o princípio da prevalência da família deve ser interpretado em conjunto com

---

toda a criança em risco está em perigo”. Cf. Paulo Guerra, “A Adopção- o Segundo Nascimento do ser humano”, in **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 1, 1º semestre de 2018, Lisboa, 2018, p. 216. Sobre esta questão, o autor ainda afirma: “De salientar ainda que o legislador quis dar acolhimento expresso ao conceito jurídico de perigo, o qual é mais restrito que o de “risco”, atribuindo apenas àquele a função legitimadora da intervenção de protecção. Na verdade, tal como se assinala na Exposição de Motivos da Proposta que deu origem à presente lei, o conceito jurídico de crianças e jovens em perigo acolhido pelo diploma inspira-se no artigo 1918º do Código Civil e surge em detrimento do conceito mais amplo de crianças em risco, uma vez que nem todos os riscos para o desenvolvimento da criança são legitimadores da intervenção do Estado e da sociedade na sua vida e autonomia e na sua família. A intervenção fica, assim, limitada às situações de risco que ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem”. Cf. Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, pp. 27-28.

o princípio do respeito pela responsabilidade parental, também previsto no artigo 4º da LPCJP (alínea “f”), que prega que a intervenção protetiva deve ocorrer de forma que os pais assumam seus deveres para com os filhos, sempre que tal for possível, o que nos leva a inferir que, de fato, há uma gradação no que se refere à situação ideal para o desenvolvimento da criança, vale dizer, o ideal seria que todas as crianças pudessem se desenvolver livremente junto à família biológica, que, via de regra, é o seu principal reduto de afeto. Contudo, devemos reconhecer que esta situação ideal não é uma realidade para todas as crianças e adolescentes, de modo que, em alguns casos, a família biológica não deve ser buscada a todo e qualquer custo, em detrimento dos interesses da própria criança. Em sendo a família (de que natureza for) o principal núcleo de desenvolvimento humano, não há, portanto, uma regra que determine a busca incondicional pela reintegração da criança ou do adolescente em família biológica quando esta reintegração for de encontro aos seus interesses. Assim, o princípio da prevalência da família traz consigo a ideia de que todas as crianças e adolescentes têm o “direito sagrado à família”<sup>417</sup>, seja ela natural ou adotiva, e não o direito sagrado a sua família biológica. Como já tivemos a oportunidade de ver, os interesses da criança nem sempre coincidem com os da sua família. O ideal é que esta harmonia de interesses exista, mas, não raro, tal sintonia não será possível.

Pela arquitetura do sistema de proteção ditado pela CDC e pela sistemática constitucional e legal de ambos os países abordados neste trabalho, todas as crianças e adolescentes têm o direito de conviverem em família, preferencialmente na família natural ou de origem, mas, caso esta situação ideal não seja possível, em razão da caracterização de uma situação de perigo originada por abuso ou por omissão da própria família natural, após esgotados os recursos viáveis para promover a superação da situação de perigo inicialmente verificada, surge para o Estado o dever de viabilizar a convivência familiar de outra forma. Portanto, em alguns casos, a opção preferencial pela convivência da criança com a família biológica deve ceder perante o seu melhor interesse. Para sistematizar de forma elucidativa qual seria a situação ideal no domínio da convivência familiar de crianças e adolescentes, utilizaremos um gráfico elaborado por parte da doutrina brasileira para estabelecer uma

---

<sup>417</sup> A expressão deve-se a Paulo Guerra, que, neste sentido, aduz: “O princípio da prevalência da família terá que ser entendido não no sentido da afirmação da prevalência da família biológica a todo o custo, mas sim como o assinalar do direito sagrado da criança à família, seja ela a natural (se possível), seja a adotiva, reconhecendo que é na família que a criança tem as ideais condições de crescimento e desenvolvimento e é aquela o centro primordial de desenvolvimento dos afectos (cf. Acórdão da Relação de Évora de 19/5/2016, in Processo n.º 1491/15.0T8PTM.E1)”. Cf. Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 37.

graduação da preferência estabelecida pelo ECA neste tocante, qual seja, a “estrutura piramidal da convivência familiar”<sup>418</sup>. Criou-se, assim, uma estrutura valorativa em ordem crescente de excepcionalidade, em que a base da pirâmide é composta pela situação ideal em termos de convivência familiar, qual seja, o convívio com a família natural, ao passo que o vértice da pirâmide constitui a situação menos ideal ou mais excepcional, composta pelo acolhimento institucional. Diante de tal graduação determinada pelo ECA, o juízo de valor dos juízes e tribunais fica bastante reduzido quando precisam decidir acerca de um caso concreto que verse sobre a separação de alguma criança da sua família natural, pois a sistemática traçada pela CRFB e pelo ECA já indica a ordem a ser seguida, a indicar, portanto, que algumas opções valorativas já foram levadas a efeito pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário<sup>419</sup>.

Nos moldes originais traçados pelos doutrinadores<sup>420</sup> que idealizaram a estrutura piramidal, esta apresentava a seguinte configuração: Na base da pirâmide, figurava a convivência com a família natural da criança ou do adolescente (composta pelos genitores ou por quaisquer deles e filhos)<sup>421</sup>, situação mais ideal em termos de convivência familiar, seguida pelo segundo patamar, composto pela família biológica ampliada ou extensa. No terceiro patamar, figurava a família substituta não consanguínea nacional, ao passo que o quarto patamar era composto pela colocação da criança em família substituta estrangeira, residente fora do país. Por fim, o ápice da pirâmide, qual seja, o seu quinto patamar, era representado pela situação relativa ao acolhimento da criança ou do adolescente. Contudo, com a edição da lei 12.010/2009, embora tenha sido mantida a composição da base e do vértice da pirâmide, houve uma pequena alteração na estrutura inicial. Isto porque a lei citada modificou a redação do § 2º do artigo 51 do ECA, para dispor que brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro, bem como

---

<sup>418</sup> A estrutura piramidal do direito à convivência familiar foi desenvolvida na doutrina brasileira por Nelson Nery Junior e Martha de Toledo Machado e figura como um recurso eficaz e de grande valia para a identificação da graduação estabelecida pelo ECA com relação às situações relativas à convivência familiar de crianças e adolescentes. Neste sentido, Cf. Nelson Nery Junior/ Martha de Toledo Machado, “O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal”, in **Revista de Direito Privado**, vol. 12, São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2002, pp. 11-14. Entendemos que nada impede que tal mecanismo seja também adotado para a compreensão do sistema português, eis que, em termos de convivência familiar, a ordem de preferência estabelecida pelo ordenamento jurídico português (CRP, CC, RJPA e LPCJP), em sua essência, não difere da ordem estabelecida pela CRFB e pelo ECA. Vide, por exemplo, art. 3º, alínea “f” e art. 62º, alínea “a” do RJPA,

<sup>419</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 11.

<sup>420</sup> Cf. *idem, ibidem*, pp. 11-14.

<sup>421</sup> V. art. 25, *caput*, art. 19, § 3º e art. 39, § 1º, todos do ECA. A toda evidência, engloba-se neste conceito qualquer composição familiar, independentemente da sua origem, como a família oriunda do casamento, da união estável ou ainda, a família monoparental.

pelo fato de que a existência de vínculos de afeto e de afinidade passou a ser considerada relevante para fins de convívio familiar, por parte da família extensa e também da família substituta, em razão do acréscimo do § único ao artigo 25 do ECA, pela lei n.º 12010/2009. Assim, parte da doutrina brasileira passou a defender a existência de uma nova configuração no gráfico, com o acréscimo de mais dois patamares intermediários<sup>422</sup>: A base da pirâmide continuaria a ser composta pela família natural da criança, seguida pelo patamar composto por integrantes da família extensa que mantenham vínculos de afinidade e de afeto com a criança. O terceiro patamar seria atualmente composto pela família substituta nacional com vínculo de afinidade, ao passo que o quarto degrau seria ocupado pela família substituta nacional sem vínculo de afinidade. Por sua vez, o quinto e o sexto degraus seriam compostos, respectivamente, pela família substituta estrangeira integrada por brasileiros residentes no exterior e pela família substituta estrangeira propriamente dita. Por fim, o último patamar, vértice da pirâmide, continuaria a ser integrado pelo acolhimento institucional, situação menos ideal no domínio da convivência familiar. Como já defendemos em outra oportunidade, a esta nova estrutura piramidal deveria ser acrescido mais um patamar consistente em um degrau imediatamente anterior ao acolhimento institucional, qual seja, o acolhimento familiar<sup>423</sup>, posto que a lei n.º 12.010/2009 acrescentou o § 1º ao artigo 34 do ECA, determinando a preferência da inclusão da criança ou adolescente em programa de acolhimento familiar em detrimento do seu acolhimento institucional. Como teremos a oportunidade de ver no capítulo 6, por toda a sistemática atual do ECA e também da LPCJP e do RJPA, é patente que a previsão legal expressa da primazia do acolhimento familiar sobre o acolhimento institucional<sup>424</sup> foi salutar, na medida em que aquele instituto atende de forma mais adequada ao direito à convivência familiar, ao menos quando comparado à institucionalização.

---

<sup>422</sup> Diante do advento da lei n.º 12.010/2009, Marcelo de Mello Vieira ressalta a necessidade de reformulação da estrutura piramidal inicial nestes moldes ora apresentados: “Na Lei n.º 12.010/2009, a estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar de crianças e adolescentes pensada por Nery Junior e Martha Machado deixa de ter cinco e passa a ter sete degraus, devendo este novo modelo ser seguido pelo juiz da Infância e da Juventude diante de uma situação concreta, sob pena de ser o magistrado o violador da lei”. Neste sentido, Cf. Marcelo de Mello Vieira, **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, pp. 117-118.

<sup>423</sup> A necessidade de inclusão de mais este patamar no gráfico foi por nós defendida anteriormente. Neste sentido, cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, p. 45.

<sup>424</sup> V. art. 34, § 1º do ECA e também art. 46º, n.º 4 da LPCJP.

Por fim, como já deixamos antever, pontuamos que o conteúdo normativo deste princípio não se limita à relação entre pais e filhos, posto que também envolve o entendimento de que a criança e o adolescente têm direito à manutenção dos afetos com terceiros afetivamente significativos, como, por exemplo, avós, tios, primos, padrasto, madrasta, dentre outros. Desta dimensão do princípio, no que se refere a terceiros, decorrem inúmeros corolários, como o direito à visitação, tema do qual nos ocuparemos mais adiante.

## 4. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

### 4.1 Considerações iniciais

Pela cátedra de Jorge Miranda, inferimos que direitos fundamentais são “as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”<sup>425</sup>. Se considerarmos o aspecto material dos direitos fundamentais, dada a sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>426</sup>, chegaremos à conclusão de que tais direitos são aqueles que tutelam os bens mais importantes e vitais para as pessoas. Daí que concordemos com a afirmação de que se tratam de posições jurídicas que “foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”<sup>427</sup>. Por tal razão, quando falamos em direitos fundamentais, temos a tendência de pensar em uma gama de direitos que, de acordo com o senso comum, são considerados essenciais para uma vida digna, como é o caso do direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação, dentre outros. Na realidade, pouco se menciona acerca do direito à convivência familiar, que, normalmente, fica confinado a hipóteses pontuais afetas

<sup>425</sup> Cf. Jorge Miranda, **Direitos Fundamentais**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 11.

<sup>426</sup> No que tange à relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, reafirmamos as premissas debatidas no capítulo 2, através das palavras de Vasco Pereira da Silva, para quem “importa considerar os direitos fundamentais, enquanto modo de efectivação do princípio da dignidade da pessoa humana na História, simultaneamente nas perspectivas axiológica e histórica”. Cf. Vasco Pereira da Silva, “Todos diferentes, todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**, vol. III, Lisboa, 2011, p. 554.

<sup>427</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 78. Ainda sobre os direitos fundamentais, Ingo Sarlet apresenta um conceito que nos remete a uma perspectiva semelhante ao conceito da lavra de Jorge Miranda, ao afirmar que “são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. Cf. *idem, ibidem*, p. 78.

ao Direito de Família. Via de regra, tal direito apenas ganha destaque quando estamos diante de casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais por força de rupturas de casamentos, uniões estáveis ou nos casos em que os genitores jamais viveram juntos. Ora, se os direitos fundamentais têm a função precípua de tutelar os bens jurídicos mais valiosos nas vidas das pessoas e se, como já julgamos ter demonstrado no capítulo 2, a família tem relação direta com o pleno desenvolvimento da personalidade, não há como fugir da ideia de que este tipo de convivência reveste-se de natureza jusfundamental. Afinal, antes de ser um direito, a convivência familiar é uma necessidade vital da criança<sup>428</sup>. O que tencionamos demonstrar é que o direito à convivência familiar, em todos os seus aspectos e, da mesma forma que toda aquela gama de direitos citados, não pode ser considerado um direito fundamental de segunda categoria. Como já tivemos a oportunidade de demonstrar no segundo capítulo deste trabalho, o direito à convivência familiar é tão essencial à dignidade da pessoa humana como os demais, mormente quando o analisamos sob o prisma do desenvolvimento da personalidade. Portanto, assim como os demais direitos fundamentais, não podemos subalternizar todos os desdobramentos gerados pela sua natureza jusfundamental.

Nesta toada, a afirmação no sentido de que a convivência familiar é um direito propriamente dito assume caráter praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência mais modernas, bem assim entre os operadores do Direito. Da mesma forma, a assertiva de que tal direito possui natureza fundamental também não chega a causar tanta estranheza no meio jurídico, ao menos no âmbito luso-brasileiro<sup>429</sup>. Quanto a este aspecto, não parece haver muitas dúvidas. Ocorre que, entre a assertiva retórica no sentido de que a convivência familiar é um direito fundamental, o esperado alcance das consequências de tal afirmação e a realidade atual,

---

<sup>428</sup> Ao refletir acerca do lugar ocupado pela proteção da infância no Direito interno francês, Christophe Eoche-Duval pondera que, paradoxalmente, instituições como o casamento civil acabam por receber mais atenção da doutrina do que a criança, que, em última análise, consubstancia-se no o núcleo da célula familiar. Cf. Christophe Eoche Duval, “Le droit d’un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle?”, **Chroniques. Enfance. Études et Commentaires**, n.º 12, Paris: Recueil Dalloz, 2013, p. 786. Em uma reflexão crítica, podemos dizer que situação semelhante ocorria em ambos os países abordados neste trabalho, lacuna esta que tem sido superada paulatinamente com a percepção da relevância do tema, aliada ao esforço contínuo de sensibilização da doutrina neste sentido.

<sup>429</sup> Neste sentido, afirma Maria do Carmo Medina: “O direito à vida familiar, ou seja, o direito à integração da criança na família desde o seu nascimento, é consagrado como um direito fundamental”. Cf. Maria do Carmo Medina, **Direito de Família**, 1ª ed., Lobito: Escolar Editora, 2011, p. 34. No domínio do direito comparado, ao ressaltar o caráter universal das obrigações parentais no Direito Francês, Christophe Eoche Duval defende a natureza constitucional do direito da criança a ser criada, alimentada e mantida por sua mãe e por seu pai. Na medida em que se trata de uma exigência constitucional, o autor defende que tal constatação implica afirmar que deve haver uma garantia contra qualquer ingerência em sentido contrário. Cf. Christophe Eoche Duval, “Le droit d’un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle?”, **Chroniques. Enfance. Études et Commentaires**, n.º 12, Paris: Recueil Dalloz, p. 791.



há uma enorme distância<sup>430</sup>. Tanto assim é que, em pleno século XXI, ainda esbarramos em incontáveis casos de crianças e adolescentes privados de tal convívio em razão das desventuras originadas pela ruptura da união de seus pais, presenciamos crianças totalmente privadas de qualquer convivência familiar, espalhadas por inúmeras instituições de acolhimento, bem assim nos deparamos com muitas histórias de adultos cuja trajetória é marcada por traumas que têm em sua gênese a falta deste tipo de convívio. Portanto, neste capítulo, o nosso objetivo é esmiuçar a convivência familiar na sua condição de direito fundamental, mas não apenas para fazer coro às correntes doutrinárias nesta mesma direção, mas sim para apresentar argumentos jurídicos destinados a reafirmar tal caráter e, por consequência, apontar o vasto leque de possibilidades que a natureza jusfundamental confere aos titulares deste direito, justamente com o objetivo de torná-lo realidade, sob um enfoque neoconstitucionalista<sup>431</sup>.

## 4.2 Fontes

Em termos internacionais, a principal fonte do direito à convivência familiar é a CDC. O preâmbulo da Convenção já deixa clara a preocupação com a garantia deste direito quando, partindo da premissa de que a família é elemento natural e fundamental da sociedade e também meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, especialmente das crianças, relaciona o desenvolvimento da personalidade destas ao seu crescimento em um ambiente familiar. Mas a Convenção vai além. Não basta o crescimento em qualquer ambiente familiar. Para que este desenvolvimento seja harmonioso, como exige a CDC, é preciso que este ambiente envolva um clima de felicidade, de amor e de compreensão. Para além do preâmbulo, a CDC prossegue, destacando a importância da convivência familiar, através de alguns dos seus dispositivos.

---

<sup>430</sup> Nesta linha de reflexão, estabelecendo uma nítida diferença entre as normas constitucionais assentes na Constituição e a sua concretização, reputamos oportunas as sempre lúcidas lições de Luís Roberto Barroso, ao analisar as causas e as consequências das transformações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo. Para o autor, “o Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram a sua reputação ao longo dos séculos”. V. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, pp. 233-234.

<sup>431</sup> Partindo da premissa de que a mera aplicação formal da sistemática que caracteriza a hermenêutica tradicional revelou-se incapaz de garantir a concretização dos direitos fundamentais, elevados ao *status* constitucional, Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues defende que a metodologia de interpretação dos direitos fundamentais deve se ocupar não somente da concretização das regras, mas também com uma “metódica concretizante dos princípios jusfundamentais”. Neste sentido, Cf. Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues, “A moderna interpretação dos Direitos Fundamentais”, in João Luis Nogueira Matias (coord.), **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**, São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 118-119.

Neste tocante, assume especial relevância o disposto no artigo 9º da CDC, que confere aos Estados Partes o dever de garantir que nenhuma criança será separada dos pais contra a vontade destes. A única justificativa para se autorizar uma eventual separação nestes termos está baseada no próprio interesse da criança, como, por exemplo, nos casos de maus tratos ou negligência dos pais, ou, ainda, caso os pais vivam separados e diante da necessidade de se tomar uma decisão sobre o lugar de residência da criança, esta tenha que viver separada de um deles, ainda que momentaneamente. Mas, como o próprio dispositivo indica, estas situações elencadas no dispositivo (maus tratos e negligência) não são exaustivas. São apenas exemplos de situações em que existe uma justificativa relevante para uma eventual separação entre pais e filhos. Pode haver outro tipo de situação não elencada, mas que, da mesma forma, autorize a separação, desde que, evidentemente, a permanência da criança com os pais, por qualquer motivo, esteja a violar o melhor interesse da criança em questão. Esta exceção ditada pela própria Convenção no tocante à necessidade de uma eventual separação da criança de seus pais relaciona-se a outro dispositivo da própria Convenção, qual seja, o artigo 19º, n.º 1, que estabelece a obrigação de os Estados Partes envidarem todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para proteger a criança contra toda e qualquer forma de violência, abandono ou negligência, mesmo que esta criança esteja sob a guarda de seus pais ou de um deles, de representantes legais ou de qualquer outra pessoa que exerça este encargo.

Não é por outra razão que não seja a consagração do direito à convivência familiar que o n.º 1 do artigo 10º da CDC estabelece a obrigação dos Estados Partes no sentido de considerarem de forma positiva, humana e diligente os pleitos formulados por crianças ou por seus pais para a entrada ou saída de um determinado Estado Parte com o fim de reunificação familiar. O n.º 2 do artigo 10º também consagra a convivência familiar, ao garantir a manutenção das relações pessoais e contatos diretos da criança com ambos os pais quando estes residam em diferentes Estados Partes. Outro exemplo de consagração do direito à convivência familiar na CDC é o artigo 20º, que regula este tipo de convivência nos casos em que a criança estiver privada temporária ou definitivamente do seu ambiente familiar, o que se dará através da proteção do Estado ou de uma proteção em caráter alternativo, a depender da legislação interna de cada Estado Parte, como é o caso da adoção ou da Kafala do Direito Islâmico. Já o artigo 21º regula a adoção e a adoção internacional, que, como veremos mais adiante, no capítulo 6, é um dos instrumentos previstos em sede internacional e nacional (em ambos os países abordados) para garantir a convivência familiar a crianças e adolescentes.

Outro dispositivo da CDC do qual podemos extrair uma dimensão do direito à convivência familiar é o artigo 5º. Ao pregar que os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e dos membros da família alargada ou de qualquer pessoa que tenha a criança legalmente a seu cargo, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento das suas capacidades e o exercício de todos os direitos previstos pela Convenção, o artigo 5º consagra, ainda que indiretamente, o direito à convivência familiar. A partir do momento em que o dispositivo prega que o Estado deve respeitar as responsabilidades dos pais e da família alargada no seu *mister* de cuidar e educar os filhos, isto significa não apenas que a responsabilidade primária de cuidar, proteger e educar cabe aos pais e, posteriormente, à família alargada, mas também que a criança possui o direito que corresponde a este dever, qual seja, o de ser educada, cuidada e protegida pelos seus pais, em primeiro lugar, e pela família alargada, em segundo lugar. Somente diante da impossibilidade dos pais ou da família alargada é que a responsabilidade passaria a outras pessoas que detenham a sua guarda e, por fim, ao Estado.

Por sua vez, o artigo 18º também trata da convivência familiar, ao atribuir aos Estados Partes a obrigação de assegurarem o reconhecimento de que cabe primeiramente aos pais a responsabilidade comum de educar e promover o desenvolvimento dos filhos. O mesmo dispositivo, em seu n.º 2, determina aos Estados Partes que prestem a assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício deste *mister*. A toda evidência, há outros dispositivos, que, ainda que por via reflexa, relacionam-se também como a convivência familiar, como, por exemplo, o artigo 3º, que trata do princípio do melhor interesse da criança. Como já afirmamos, não há dúvida de que, ao garantir a uma criança o direito a uma convivência familiar saudável e harmoniosa, concomitantemente, também estar-se-á a atender ao seu melhor interesse. Contudo, como este princípio já fora objeto de análise no capítulo anterior, não voltaremos a abordá-lo, não ao menos especificamente, já que há outros dispositivos na CDC que nos despertaram maior interesse neste tópico, em razão da sua relação mais direta com o direito do qual estamos a tratar.

Já em termos de fontes internas, podemos destacar diversos dispositivos afetos à convivência familiar, tanto na CRP, como na CRFB. Na CRP, dentre os diversos dispositivos que disciplinam os aspectos relativos à família e à infância (artigo 36º e artigos 67º a 69º), podemos extrair alguns que nos remetem de forma mais direta ao direito à convivência familiar, como é o caso dos artigos 36º, n.º 5, 6 e 7 e artigo 69º, n.º 1 e 2. O artigo 36º, n.º 6 da CRP

possui conteúdo muito similar à determinação constante do artigo 9º da CDC, quando prega que os filhos não podem ser separados dos pais sem uma justificação relevante. Neste caso, a justificação é regulada pela própria Constituição, qual seja, nas hipóteses em que estes pais não estejam a cumprir com os seus deveres fundamentais para com os filhos e, ainda assim, sempre mediante decisão judicial. Por sua vez, estão sob a reserva da lei os casos em que os pais não cumprem os seus deveres fundamentais<sup>432</sup> e que, consequentemente, autorizam a separação. Não podemos deixar de mencionar o artigo 26º, n.º 1 da CRP, que, ao reconhecer a todos o direito ao desenvolvimento da personalidade, está a nos sinalizar que todos os elementos essenciais para viabilizar este desenvolvimento, como é o caso do convívio familiar, também devem ser garantidos pela Constituição.

Já na CRFB, ao menos na perspectiva das crianças e dos adolescentes, a convivência familiar (com esta exata denominação) está expressamente prevista como um direito fundamental no *caput* do artigo 227. Ainda que este dispositivo não esteja situado no catálogo dos direitos fundamentais da Carta Magna brasileira, não há dúvida de que se trata de um direito fundamental disperso. Para além deste dispositivo, podemos citar outros que nos remetem, embora de forma não tão direta, à convivência familiar, como é o caso do artigo 6º, *caput*, que está situado no catálogo dos direitos fundamentais da Carta Magna brasileira e consagra a proteção à infância como um direito social. Não olvidemos do artigo 226, *caput*, que posiciona a família como base da sociedade e prega que esta goza de especial proteção do Estado. Outros exemplos são o artigo 227, § 5º, que trata da adoção, assim como o artigo 229, que prega o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

### 4.3 Conteúdo

Neste tópico, passaremos a nos ocupar do conteúdo jurídico do direito fundamental à convivência familiar sob o prisma infantojuvenil.

---

<sup>432</sup> Neste sentido, sobre a reserva da lei e de decisão judicial em tais hipóteses, cf. José Joaquim Gomes Canotilho/Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566. No contexto português, os autores observam, ainda, que incumbe ao Código Civil determinar os casos em que o Tribunal pode confiar os filhos a terceiros, nomeadamente nos casos de inibição das responsabilidades parentais e de perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação dos filhos.

Todas as crianças e adolescentes têm direito a ter a sua subsistência garantida, ao mesmo tempo em que recebem apoio, afeto, cuidado, proteção, educação, tudo a isto a ser desempenhado por uma fonte segura, qual seja, a família de origem ou a família substituta, com o objetivo de proporcionar o adequado desenvolvimento de suas personalidades e um futuro feliz. Para além disto, além de um porto seguro ao qual possam recorrer, todas as crianças (e, por óbvio, também os adolescentes) têm o direito a ter uma história de vida, uma referência, o que muitas vezes só é proporcionado pela convivência familiar. O conhecimento desta história de vida também está relacionado ao desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, pois conhecer as nossas origens e a nossa história cria padrões de referência e nos ajuda a definir quem somos e quais serão os nossos objetivos para o futuro. A partir do momento em que temos um parâmetro para traçar quem fomos na fase da infância e da juventude, sentimo-nos mais seguros para, quando adultos, reafirmarmos a nossa personalidade, seguindo na construção de um futuro. Daí a importância destas referências familiares para que, junto com outros fatores, possamos todos construir a nossa própria vida<sup>433</sup>. No caso das crianças e adolescentes, o conhecimento desta história de vida assume ainda maior relevância. Afinal, quantos de nós, já adultos, recordamos com exatidão de determinados momentos pretéritos de nossas vidas? Se este momento ou fato pretérito remontar à primeira infância então, poucos se recordarão, a não ser que se trate de um momento ou de um fato muito marcante. Normalmente, para remontarmos estas lembranças, valemo-nos de uma foto, de uma recordação ou de informações e histórias contadas por nossos pais, avós, irmãos mais velhos, tios ou outros familiares. É através desta fusão de dados, sensações, histórias e lembranças que criamos a nossa história de vida. Sem este amálgama, resta apenas um vazio que pode vir a comprometer o desenvolvimento da nossa personalidade<sup>434</sup>.

Paulo Guerra, com maestria, pondera que toda e qualquer criança tem direito a “viver uma filiação segura, vinculada com ambos os progenitores e juridicamente estável, sem atropelos ou discontinuidades arbitrárias ou injustificadas, à luz do seu superior interesse,

---

<sup>433</sup> Sobre a relação entre as referências familiares e o conhecimento das nossas origens, Boris Cyrulnik observa: “As crianças com família conhecem as origens através das palavras e das imagens contadas pelos mitos familiares e mostradas nas fotografias amareladas, através dos objetos ou dos móveis que evocam uma outra época, uma outra casa, e, todavia, uma continuidade ao longo das gerações. As crianças sem família vão à procura das origens nos arquivos. A este cenário administrativo a que se poderia chamar “Inquérito sobre um número”, opõe-se o conto de fadas”. Cf. Boris Cyrulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, p. 269.

<sup>434</sup> Ainda sobre a importância do conhecimento das origens para o desenvolvimento da personalidade, Boris Cyrulnik assevera: “As crianças sem família sentem uma avidez pelas suas origens. Fico impressionado com a hiperconsciência e a sensibilidade que estas crianças manifestam pelo mínimo indício que remeta para as suas origens”. Cf. *idem, ibidem*, p. 265.

construindo-se uma ética no cuidar da mesma, uma cultura da criança e um futuro de excelência para ela<sup>435</sup>. A partir do momento em que a família deixou de ser vista como um fim em si, mas sim como um instrumento para viabilizar o afeto<sup>436</sup>, o desenvolvimento da personalidade, o bem-estar e para garantir a dignidade da pessoa humana de seus componentes, sobretudo das crianças e adolescentes, e a partir do momento em que as Constituições de ambos os países ora abordados garantem a vida, o desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, a convivência familiar passa a ser também um direito garantido por tais ordenamentos jurídicos<sup>437</sup>.

O direito fundamental da criança à convivência familiar não se limita à família biológica, apesar de esta gozar de preferência<sup>438</sup>. Como já salientamos no capítulo 2, o conceito de família transformou-se ao longo do tempo, de modo que não se restringe apenas à família natural. Nesta linha de raciocínio, o princípio do melhor interesse da criança nos remete à ideia de que o convívio das crianças e adolescentes não pode ficar restrito aos genitores, mas também engloba a família extensa (ou alargada), bem assim outras pessoas com quem porventura mantenham relações afetivas. Ainda que a família seja o reduto preferencial para o desenvolvimento da criança, eis que, normalmente, se consubstancia em um ambiente de afeto e de cuidados, não há como ignorarmos o fato de que, para algumas crianças, a situação de risco é oriunda do próprio ambiente familiar. Nestes casos, surge para a sociedade e, sobretudo, para o Estado, um dever correspondente de garantir o direito à convivência familiar de um outro modo. Como veremos no próximo capítulo, para que o direito à convivência familiar seja uma realidade, há um dever correspondente direcionado às famílias, ao Estado e à sociedade.

---

<sup>435</sup> Cf. Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 10.

<sup>436</sup> Neste sentido, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel defende a função instrumental da família para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, “Direito Fundamental à Convivência Familiar”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 73.

<sup>437</sup> Christophe Eoche-Duval defende a natureza constitucional do direito da criança de ser educada pelos pais. Cf. Christophe Eoche Duval, “Le droit d’un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle?”, **Chroniques. Enfance. Études et Commentaires**, n.º 12, Paris: Recueil Dalloz, 2013, p. 791.

<sup>438</sup> Neste tocante, Sérgio Luiz Kreuz assevera: “O direito constitucional da criança à convivência familiar não se restringe à família biológica. O princípio constitucional, em momento algum, se limita a garantir o direito da criança de ser criada e educada na sua família biológica, embora esta tenha a preferência”. Cf. Sérgio Luiz Kreuz, **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente. Direitos fundamentais, Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**, Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 77.

Feitas estas considerações, podemos afirmar que o direito à convivência familiar desdobra-se em várias vertentes, na medida em que pode se apresentar de diversas formas para os seus titulares, a depender da maneira como for perspectivada. Se, por um lado, há a vertente do direito relacionada à inseparabilidade entre pais e filhos, cujos titulares são tanto os pais, como os filhos, por outro lado, podemos vislumbrar a vertente relacionada ao direito titularizado pelas crianças de manterem convívio com a família alargada, como avós, tios e primos, dentre outras figuras relevantes em sua vida. Sem embargo disto, a vertente relacionada ao direito titularizado por crianças e adolescentes completamente privados deste convívio também não pode ser menosprezada, já que a criança institucionalizada e, por conseguinte, totalmente privada de qualquer convívio familiar, também é titular do direito de ter a sua convivência familiar assegurada, ainda que de forma alternativa, perante o Estado. Da mesma forma, a criança que figura como adotanda em um processo de adoção também possui o direito de ver em funcionamento todo o aparato estatal correspondente para assegurar as melhores condições para que o seu direito à convivência familiar seja exercido de forma segura e em toda a sua plenitude. Portanto, todos estes exemplos citados corroboram a afirmação de que o direito à convivência familiar apresenta diversas facetas, a depender do seu titular e do ponto de vista que sobre tal direito lancemos.

Sem a pretensão de estabelecer um conceito estanque do dever correspondente à convivência familiar sob o prisma infantojuvenil, mas sim de fornecer um contributo para a análise do tema, podemos dizer que este dever consiste em assegurar a todas as crianças e adolescentes, enquanto durar o período da infância e da juventude, indistintamente, o convívio com a sua primeira comunidade, qual seja, a família natural, consubstanciada pelos seus genitores, ou, à falta destes ou de um destes, o convívio com o outro genitor e/ou outro familiar com quem possua laços de afeto, salvo se tal convívio for de encontro ao seu melhor interesse, caso em que o Estado terá o dever de viabilizar e garantir que tal convívio seja realizado por uma família substituta, como forma de proporcionar o seu saudável crescimento e o desenvolvimento de sua personalidade, sempre tendo como parâmetro o princípio do melhor interesse da criança.

Apesar de não ser tarefa fácil sintetizar todas as *nuances* da convivência familiar, podemos afirmar que o seu conteúdo está ligado a algumas premissas básicas que já foram abordadas nos capítulos anteriores, ainda que não de forma sistematizada: i- A convivência familiar não está adstrita aos casos de parentesco, vale dizer, não se resume à família biológica,

seja em caráter restrito, como é o caso de pais e mães, seja em caráter alargado, como é o caso da família extensa (avós, tios, primos, etc), eis que tal convívio também pode ocorrer no seio de uma família substituta; ii- Para que seja uma mola propulsora do desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, a convivência familiar pressupõe a existência de relação afetiva entre os seus titulares, não bastando, pois, o vínculo de parentesco; iii- A convivência familiar pressupõe uma relação afetiva e de cuidado que se protraí no tempo, portanto, possui caráter duradouro ou permanente.

Nesta linha de raciocínio, concordamos com o abrangente conceito de convivência familiar elaborado por Paulo Lôbo, que, a nosso ver, sintetiza todas as premissas ora trazidas à análise:

“A relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças”<sup>439</sup>.

Assim como outros direitos fundamentais, a convivência familiar pode sofrer restrições<sup>440</sup>, desde que justificadas e com o fim de assegurar outros direitos também constitucionalmente protegidos. Assim, é possível que um determinado titular do direito à convivência familiar (sobretudo crianças e adolescentes) se depare com a impossibilidade de exercer um determinado comportamento abrangido pelo respectivo âmbito de protecção em razão de uma norma legal ou de uma decisão judicial, nas hipóteses em que este exercício ameaçar ou violar outros direitos fundamentais titularizados por crianças e adolescentes, tais como, a vida, a educação e a liberdade. Como a família natural é o reduto original e preferencial em que se dá o convívio e a interação da criança com outras pessoas, pode ocorrer de estes

<sup>439</sup> Cf. Paulo Lôbo, **Direito Civil: Famílias**, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 68.

<sup>440</sup> José Manuel Sérvulo Correia conceitua a restrição ao direito, liberdade ou garantia como sendo “toda a compressão do âmbito de protecção do direito, traduzida na desconsideração de elementos do objeto de protecção, ou na recusa da titularidade ou exercício de meios jurídicos destinados à respectiva fruição, operada por acto do poder público de natureza geral e abstracta ou individual e concreta”. Cf. Sérvulo Correia, **O Direito de Manifestação. Âmbito de protecção e restrições**, Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 61.



direitos fundamentais serem ameaçados pela própria família natural, hipótese que surge um gatilho para ativar o dever estatal de recompor a convivência familiar àquela criança, ainda que de outra forma. Ainda assim, tal restrição tem que ser justificada e proporcional, devendo cingir-se ao necessário para salvaguardar aqueles outros direitos. Pode ser que, em determinado caso, não haja necessidade de destituir ou suspender o poder familiar (ou inibir/limitar as responsabilidades parentais) destes pais que, por algum motivo, não estejam a proporcionar os direitos fundamentais a que o filho menor de idade tem direito. Antes desta medida extrema, é preciso que o juiz ou tribunal adote alternativas para preservar o direito fundamental, na medida do possível. Pode ser, por exemplo, que a inclusão deste núcleo familiar em algum programa oficial de auxílio seja suficiente para recompor a situação e ajudar aqueles genitores a superarem uma determinada dificuldade inicial, sem afetar excessivamente o direito à convivência familiar titularizado pela criança. Cabe, pois, aos juízes e tribunais fazerem este exercício de ponderação, sempre com o cuidado de não afetarem desnecessária ou excessivamente um direito fundamental tão importante para a formação da personalidade de crianças e adolescentes<sup>441</sup>. Contudo, caso realmente seja constatada a impossibilidade de atendimento à convivência familiar no reduto natural, não se deve hesitar na busca imediata de instrumentos alternativos para recompor este direito da maneira que mais atenda ao interesse da criança.

#### **4.4 Titularidade**

A titularidade do direito fundamental à convivência familiar não se esgota nas crianças e adolescentes, já que, assim como os filhos, os pais também são titulares deste direito, ainda que com um fundamento diferente<sup>442</sup>. Todavia, como o nosso trabalho foi concebido sob uma perspectiva infantojuvenil, em que pese o fato de também abordarmos brevemente os demais titulares deste direito, a toda evidência, centraremos-nos na titularidade exercida pelas crianças e pelos adolescentes, sem, contudo, descuidar dos demais titulares. Para além de enumerar os titulares deste direito fundamental, com ênfase na titularidade dos filhos, o nosso objetivo neste

---

<sup>441</sup> Esta conclusão pode ser extraída do art. 36, n.º 6 da CRP. Na medida em que a norma constitucional afirma que os filhos só podem ser separados dos pais quando estes não cumpram com seus deveres fundamentais, o legislador constituinte sinaliza o caráter excepcional da restrição deste direito, para além de condicionar este tipo de limitação de direito fundamental a uma decisão judicial.

<sup>442</sup> Como já afirmamos, para as crianças e adolescentes, a convivência familiar está diretamente ligada não só à sua própria sobrevivência, mas também ao desenvolvimento de suas personalidades. Já no que tange aos pais, embora não possamos afirmar que tal convivência colabore para o desenvolvimento de suas personalidades na mesma medida das crianças, podemos dizer que está relacionada à satisfação ou realização pessoal, ao incremento da solidariedade familiar, à dignidade, bem como a um desdobramento da liberdade de constituir família.

capítulo é elucidar algumas questões que consideramos importantes, tais como, saber se a titularidade deste direito estende-se a outros integrantes da família extensa, como avós e tios, e perquirir se podem os pais serem obrigados judicialmente a dividir a convivência familiar dos filhos com integrantes da família alargada, mesmo contra a sua vontade. Portanto, será destes assuntos que nos ocuparemos a partir de então.

#### a-Criança e adolescente

Por todo o raciocínio construído até aqui, vimos que o direito à convivência familiar tem como titulares principais crianças e adolescentes. Os direitos fundamentais estatuídos no *caput* do art. 227 da Magna Carta brasileira são dirigidos a esta parcela da população. Da mesma forma, quando a CRP prega que os filhos não podem ser separados dos pais<sup>443</sup> e assegura proteção especial à infância<sup>444</sup>, posiciona a criança como personagem principal deste direito. Como já tivemos a oportunidade de pontuar, pelo fato de as crianças serem pessoas ainda em desenvolvimento, o legislador constituinte reputou necessário atribuir-lhes um grau de proteção maior, reforçando a sua condição de sujeitos de direitos, com absoluta prioridade. Com isto, não queremos dizer que os genitores, avós ou demais familiares da criança não sejam titulares de um direito à convivência familiar<sup>445</sup>, mas tão somente que este direito que lhes compete é subordinado ao direito da criança, posto que gira em torno do seu melhor interesse. Não há como deixar de reconhecer que o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes assume uma posição hierarquicamente superior ao direito correlato titularizado por outras pessoas. Tanto assim é que o próprio exercício das responsabilidades parentais está subordinado ao interesse da criança<sup>446</sup>. Toda a arquitetura do sistema de proteção à infância e à juventude aponta neste sentido, até mesmo quando lançamos um olhar sobre dispositivos legais que, a princípio, tratariam do direito à convivência familiar titularizado por outros familiares. Tomemos como exemplo o artigo 1589 e § único do CCB, que garante o direito de visitas do genitor não guardião com o filho, bem como a extensão deste direito aos avós. Embora trate de

<sup>443</sup> V. art. 36º, n.º 6 da CRP.

<sup>444</sup> V. art. 69º da CRP.

<sup>445</sup> Neste sentido, Belmiro Pedro Welter pontua que todos os familiares têm o “mesmo poder/dever/obrigação de conviver em família”. Neste sentido, Cf. Belmiro Pedro Welter, “Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família”, in Antônio Carlos Mathias Coltro/ Mário Luiz Delgado (coord.), **Guarda Compartilhada**, São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 61-62.

<sup>446</sup> Jorge Duarte Pinheiro ressalta a preponderância do interesse do filho no exercício das responsabilidades parentais e corrobora tal afirmação ao lembrar que o não exercício destas responsabilidades ou o exercício contra o interesse do filho é ato sancionável penal e civilmente. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança**, 1ª edição, Lisboa: Gestlegal, 2020, p. 29.

um direito aparentemente direcionado aos genitores e aos avós da criança, o dispositivo está posicionado no capítulo do CCB que trata da proteção da pessoa dos filhos, o que corrobora o protagonismo infantil em termos de convivência familiar e a subordinação de toda e qualquer decisão neste domínio ao melhor interesse da criança.

#### b- Genitores

As responsabilidades parentais (ou poder familiar) relativas aos filhos menores de idade não emancipados, a princípio, têm como titulares os pais. Assim, não há dúvidas de que a relação entre pais e filhos assume especial importância<sup>447</sup> em termos jurídicos, como se estivesse no topo de uma eventual ordem de hierarquia da titularidade<sup>448</sup> do direito à convivência familiar e também das responsabilidades parentais, tanto em Portugal como no Brasil. A fonte constitucional para amparar tal convívio recai sobre o artigo 36, n.º 5 e 6 e no artigo 67º, n.º 1 da CRP, bem como nos artigos 226, *caput*, 227, *caput* e 229, todos da CRFB. Para além disto, o Código Civil português e o CCB têm dispositivos específicos para regular os direitos e deveres entre pais e filhos<sup>449</sup>, como efeito da filiação. O direito à convivência familiar titularizado pelos pais da criança é também uma decorrência do exercício das responsabilidades parentais. Isto porque, para que os genitores exerçam o conteúdo das responsabilidades parentais traçado no artigo 1878º, n.º 1 da CRP, vale dizer, para que zelem pela segurança, saúde e sustento dos filhos, na prática, é *mister* que estabeleçam alguma configuração de convívio familiar. Neste diapasão, há diversos dispositivos legais que tratam especificamente do convívio entre pais e filhos em ambos os ordenamentos jurídicos, como o artigo 1589 do CCB e os artigos 1878º, n.º 1 e 1906º, ambos do Código Civil português, pelo que não julgamos necessidade de nos estender neste tópico, já que o direito que os genitores têm no sentido de ver assegurada a convivência familiar com os filhos já é devidamente regulamentado através de disposições legais específicas e gravita em torno do melhor interesse da criança e da igualdade entre os genitores<sup>450</sup>.

<sup>447</sup> Nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro, esta primazia conferida à posição ocupada pelos pais no que tange ao exercício das responsabilidades parentais relativas aos filhos ergue a filiação à “rainha das ligações familiares”, revelando a necessidade de o Direito da Família se ajustar à relevância social da filiação. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **Estudos de Direito da Família e das Crianças**, Lisboa: AAFDL Editora, 2015, p. 255.

<sup>448</sup> Esclarecemos que o “topo” da hierarquia a que nos referimos aqui tem lugar logo após a titularidade dos filhos no que tange à convivência familiar, como já ressaltamos.

<sup>449</sup> V. artigos 1874º do Código Civil português, que enumera os deveres de pais e filhos, bem como o artigo 1878º do mesmo Código, que estabelece o conteúdo das responsabilidades parentais. No Brasil, v. art. 1634 do CCB, que elenca os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos em decorrência do poder familiar.

<sup>450</sup> V. art. 5º, I e art. 226, § 5º, ambos da CRFB, bem como artigo 13, n.º 1 e 2 e artigo 36º, n.º 3, ambos da CRP.

## c-Avós

A especial importância da relação entre pais e filhos não significa que crianças e adolescentes tenham que se limitar à convivência somente com aqueles e tampouco equivale a afirmar que o vínculo entre avós e netos é juridicamente irrelevante. Em primeiro lugar, é assente que a convivência entre avós e netos é também um dos fatores primordiais para o pleno e saudável desenvolvimento da personalidade das crianças e/ou adolescentes, que, por sua vez, têm a necessidade de se sentirem amadas, valorizadas e inseridas em uma história familiar. Neste ponto, como já ressaltamos alhures, o artigo 26º, n.º 1 da CRP não deixa dúvida acerca da fundamentalidade do direito ao desenvolvimento da personalidade, assim como emana do artigo 67º da CRP o reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade. Para além disto, as relações entre avós e netos também colaboram para o fortalecimento da família extensa. Na CRFB, a conclusão não é diferente, já que o artigo 226 ergue a família como base da sociedade, determinando ao Estado a sua especial proteção. Em relações normais de convivência<sup>451</sup>, para além dos pais, os avós são figuras que representam mais um ponto de apoio e de afeto, vale dizer, desempenham uma função de complementação à segurança proporcionada pelo vínculo familiar, e, não raro, também exercem um papel lúdico na vida do neto. Como se não bastasse, os avós podem figurar como um ponto de pacificação em casos de litígios entre genitores oriundos de relações conjugais ou de uniões de fato desfeitas ou, ainda, em casos de desavenças entre genitores e avós<sup>452</sup> e de falecimento de um dos genitores. Muito além da finalidade secundária de satisfação pessoal dos avós, a convivência entre avós e netos é relevante para a historicidade pessoal<sup>453</sup> de crianças e adolescentes, posto que relacionada à descoberta das suas origens, o que engloba a identificação de algumas características de seus

---

<sup>451</sup> Estamos a nos referir a relações entre avós e netos permeadas pelo que se espera daqueles: afeto, cuidados, confiança e responsabilidade. A toda evidência, estão excluídas as hipóteses que versam sobre avós que perturbam sobremaneira as diretrizes educativas regularmente planejadas e executadas pelos pais, avós autores de atos que possam configurar violência doméstica, avós que pretendam afastar ou perturbar a convivência do neto com quaisquer dos genitores, dentre muitas outras situações nefastas que venham a colocar o neto em situações de risco ou perigo, indo de encontro ao seu melhor interesse.

<sup>452</sup> Jorge Duarte Pinheiro tece uma pertinente crítica relativa à redução da posição dos avós como mero ponto de pacificação ou de diminuição de eventuais litígios entre pais e avós. Assim afirma o autor: “Mas ao Direito não interessa a relação entre avós e netos meramente numa óptica de pacificação, de resolução de hipotéticos conflitos entre pais e avós do menor”. Para o Professor de Lisboa, o Direito reservou aos avós um papel ainda maior, qual seja, o de complementar ou substituir os progenitores, particularmente no âmbito da proteção de crianças e jovens. Neste sentido, Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **Estudos de Direito da Família e das Crianças**, Lisboa: AAFDL Editora, 2015, p. 282. Concordamos com o autor, na medida em que entendemos que a função de pacificar seria apenas uma dentre as inúmeras funções que os avós desempenham para assegurar o pleno desenvolvimento das personalidades dos netos.

<sup>453</sup> Neste sentido, Cf. Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 67.

ancestrais que podem levá-los também à compreensão de alguns de seus traços de personalidade. Daí que concordemos com Rosa Martins e Paula Távora Vítor quando afirmam que este direito de contato entre avós e netos é um meio para a garantia de outros direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares, como o direito ao desenvolvimento da personalidade e à historicidade pessoal<sup>454</sup>. Para além disto, não podemos deixar de lembrar que as sociedades atuais de ambos os países abordados têm sido confrontadas com uma realidade cada vez mais comum, qual seja, a de avós que são verdadeiros cuidadores e provedores da subsistência dos netos, o que torna ainda mais brusca uma eventual ruptura deste tipo de relação pessoal, sem justificativa relevante. As relações entre avós e netos estão intrinsecamente ligadas não só ao direito fundamental à convivência familiar titularizado por crianças e adolescentes, mas também ao princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas previsto na alínea “g” do artigo 4 da LPCJP, na medida em que a intervenção estatal não pode invadir o direito da criança de preservar as relações afetivas estruturantes que tenham grande significado em sua vida e que constituam uma referência para o seu saudável desenvolvimento, dentre elas, as relações da criança com os seus avós ou até mesmo com outros ascendentes de graus mais remotos<sup>455</sup>.

No ordenamento jurídico português, o legislador achou por bem reconhecer a relevância jurídica deste tipo de relação, através da redação do artigo 1887-A do Código Civil, que acaba por ser a base legal para garantir a relação entre avós e netos. Ocorre que, tal previsão legal é sucinta<sup>456</sup> e não estabelece em que termos se dará esta relação, tampouco enumera direitos e deveres entre eles, diferentemente do que ocorre com a relação entre pais e filhos, que possui direitos e deveres delineados expressamente. A seu turno, no Brasil, embora a CFRB<sup>457</sup> preveja expressamente o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes, bem como que a família deve contar com especial proteção do Estado e, apesar de o artigo 19 do

---

<sup>454</sup> Neste sentido, cf. Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 66.

<sup>455</sup> O artigo 1887-A do Código Civil português veda aos pais privar injustificadamente os filhos do convívio com irmãos e ascendentes, sem qualquer distinção de graus destes ascendentes, sendo que, por ascendentes podemos compreender aquelas pessoas elencadas artigos 1580 e 1581 do Código Civil português. Portanto, apesar de não ser hipótese tão frequente, até mesmo em razão de limitações próprias da idade, não há óbice ao reconhecimento do direito a relações pessoais do bisneto com bisavós e até mesmo com outros ascendentes mais distantes, como trisavós.

<sup>456</sup> Embora sucinta, a previsão legal é salutar, posto que veio a preencher uma lacuna anterior. Foi somente a partir desta intervenção do legislador que os tribunais passaram a reconhecer a existência de uma relação pessoal entre avós e netos. Cf. Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 75.

<sup>457</sup> V. art. 226, *caput* e art. 227, *caput*, ambos da CFRB.

ECA reproduzir a primeira norma, o ordenamento jurídico brasileiro também não possui um dispositivo legal que regule especificamente direitos e deveres decorrentes do vínculo entre avós e netos, parentes no segundo grau da linha reta. A referência legal mais próxima neste domínio é o § único do artigo 1589 do CCB, que estende genericamente o direito de “visita” a qualquer dos avós, a critério do juiz, desde que se observe os interesses da criança ou do adolescente. Como já ressaltamos, não podemos desprezar a importância de tal relação, diante das inúmeras consequências dela oriundas, principalmente para as crianças e adolescentes.

Como decorrência desta lacuna legal em ambos os ordenamentos jurídicos, estão subjacentes algumas questões de particular importância prática, já que não há como ignorar que, não raro, as vontades dos avós e dos pais entram em conflito, sobretudo no que se refere a desacordos relativos à forma de educação dos filhos ou quando há necessidade de assegurar a manutenção de relações entre avós e netos quando se atravessa um momento de crise, como, por exemplo, no caso de falecimento de um dos genitores. Neste último caso, a ausência de relações pessoais entre estes dois pólos pode vir a significar até mesmo o desaparecimento das referências do genitor falecido e de toda a sua respectiva linhagem na vida da criança. Estas, aliás, são questões submetidas frequentemente aos tribunais de ambos os países. Assim, tendo por base todas estas premissas, surgem algumas questões que julgamos relevantes: Em sendo patente a primazia do direito dos pais no que tange à convivência familiar com os filhos e também no que pertine à definição das diretrizes educativas destes, em caso de conflito entre os genitores e os avós, qual das vontades e diretrizes deverá prevalecer? Há necessidade de justificação para a limitação das relações entre avós e netos ou esta justificação já encontra pleno respaldo na lei? A relação entre avós e netos consubstancia-se em um direito dos netos ou em um direito dos avós? Podem os avós exigir em juízo o estabelecimento de um esquema de convivência familiar com os netos, mesmo que à revelia da vontade dos pais ou de um deles?

Quanto ao primeiro questionamento, temos que, a princípio, não é dado aos avós, a pretexto de exercerem regularmente as relações pessoais com os netos, o direito a interferirem nas diretrizes educativas emanadas dos pais, já que o direito a estas relações pessoais não se confunde com os deveres inerentes às responsabilidades parentais e ao poder familiar. Os deveres de sustento, guarda e educação que os pais têm relativamente aos filhos possuem base constitucional e legal, em ambos os países<sup>458</sup> e possuem natureza mais ampla e densa quando

---

<sup>458</sup> V. art. 36º, n.º 5 da CRP, art. 229 da CRFB, art. 1874º do Código Civil português, art. 1634 do CCB e art. 22, *caput*, do ECA

comparados às responsabilidades que os avós têm para com os netos. Assim, não constitui um dever dos avós o sustento e a educação dos netos, mormente se os pais estão em pleno exercício das responsabilidades parentais, de modo que incumbe aos pais determinar qual será a diretriz educativa a dar aos filhos, assim como assegurar a sua subsistência e as suas necessidades. Em sendo os deveres dos pais delimitados expressamente, temos que possuem densidade suficiente para afastar interferências não autorizadas neste domínio. Destarte, permitir, de antemão, uma sobreposição de deveres de pais e avós no tocante à guarda, sustento e educação das crianças equivaleria a uma limitação injustificada das responsabilidades parentais. A toda evidência, estamos a nos referir a situações normais, em que os pais exercem adequadamente as responsabilidades parentais que lhe foram atribuídas por lei, indo ao encontro do melhor interesse dos filhos. Se, ao revés, as responsabilidades parentais são inibidas ou limitadas em razão do seu exercício inadequado, de modo que os cuidados para com a criança têm que ser atribuídos a outrem (como os avós, por exemplo), a configuração será diversa, já que o melhor interesse da criança passa a assumir um peso maior nesta equação.

Pelo que inferimos da redação do artigo 1887º-A do Código Civil português, o legislador partiu da premissa de que, em situações normais, o contato da criança com irmãos e ascendentes é uma medida salutar e positiva para ela. Todavia, a expressão “injustificadamente” presente no dispositivo citado nos acena com a possibilidade de limitação deste direito caso haja justificativa relevante, a exemplo do que ocorre com os demais direitos fundamentais e, ainda assim, na exata e proporcional medida do que for necessário para assegurar outro direito constitucionalmente protegido (dentre os inúmeros direitos fundamentais titularizados pelas crianças, estão a vida, a saúde e a educação). Portanto, incumbe aos pais, a quem a Constituição e a lei atribuem primeiramente o dever de educar, proteger e manter os filhos, avaliar se a manutenção das relações pessoais entre os seus filhos e os respectivos avós atende ao melhor interesse daqueles e, caso concluam negativamente, deverão justificar tal negativa com base em fundamentos concretos e relevantes, que só devem girar em torno da ausência de atendimento ao melhor interesse da criança. Em sendo as relações pessoais entre avós e netos uma vertente do direito fundamental à convivência familiar do qual são titulares as crianças e adolescentes, e, portanto, um direito atrelado a outro direito fundamental, qual seja, o desenvolvimento da personalidade, a restrição destas relações só pode se pautar em justificativa concreta, relevante e em caráter excepcional. Esta última afirmação, aliás, nos parece suficiente para responder à segunda indagação formulada. No contexto brasileiro, a conclusão não discrepa. Não podemos olvidar que, quando a CRFB alçou a convivência familiar à categoria de direito fundamental

das crianças e adolescentes, em seu artigo 227, *caput*, não fez qualquer distinção entre o grau de parentesco destes familiares, tampouco especificou a quais familiares estava a se referir. Assim, entendemos que, em cotejo com a norma do artigo 226, *caput*, que deixa clara a posição da família como base da sociedade, não é autorizado ao intérprete da norma fazer qualquer distinção neste sentido, de modo que, comprovada a relação de parentesco entre avós e netos, a única justificativa a ser considerada relevante para uma eventual limitação desta relação deve cingir-se ao conflito com o melhor interesse da criança.

Já no que se refere à terceira indagação, atualmente, tanto por parte da doutrina<sup>459</sup>, como da jurisprudência, há o reconhecimento de um direito de convívio recíproco<sup>460</sup> entre avós e netos e que possui como fundamento as relações de parentesco e de afeto<sup>461</sup>, entendimento este que acreditamos ser o mais adequado neste domínio. Por força do princípio do melhor interesse da criança e dos direitos fundamentais que são assegurados com maior densidade a este grupo de pessoas, justamente em razão da sua posição de pessoas ainda em desenvolvimento, perde força o reconhecimento da existência de um direito exclusivo dos avós. Afinal, está em causa principalmente o interesse da criança, que deve assumir um peso maior quando comparado aos interesses dos seus pais, de outros familiares ou de terceiros. Todavia, também não há como

---

<sup>459</sup> Com este entendimento, na doutrina, cf. Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, 2010, Lisboa, pp. 64-65.

<sup>460</sup> Neste sentido, que parece ser a posição atualmente dominante na jurisprudência, por todos, cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça referente ao processo n.º 98A058, de 03/03/1998; Relator: Silva Paixão. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/87bb42a7f2cf6b24802568fc003b7d93?OpenDocument&Highlight=0,98A058>>. Acesso em 08 set. 2020, bem como o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra; Processo n.º 50031-B/2000.C1; Data do julgamento: 26/02/2008; Relator: Jaime Ferreira; Origem: Tribunal Judicial de Leiria- 3º Juízo Cível. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/193b6f78057eb434802573fe00553209?OpenDocument&Highlight=0,50031-B%2F2000.C1>>. Acesso em 08 set. 2020. No entanto, esclarecemos que este entendimento não é unânime, pois há na jurisprudência portuguesa quem reconheça um verdadeiro direito de visita por parte dos avós. Neste sentido, cf. Apelação processo n.º 6143/2004-6; Tribunal da Relação de Lisboa; Relator; Manuel Gonçalves; Data do julgamento: 08/07/2004, que concluiu: “Do art. 1887º-A do CC resulta um verdadeiro direito de visita por parte dos avós e irmãos do menor, ainda que com menor amplitude do que o do progenitor”. Disponível: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c993199e07028ca680256f420054c523?OpenDocument&Highlight=0,6143%2F2004-6>>. Acesso em 15 jul. 2020. Ainda no âmbito da jurisprudência, também há o reconhecimento de um direito exclusivo do neto, como se nota do acórdão relativo ao processo n.º 3382/11.5TBVFX-A.L1-1, do Tribunal da Relação de Lisboa; Data do julgamento: 10/04/2018; Relatora: Adelaide Domingos. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/edf598ec9c43871f80258298003ab376?OpenDocument&Highlight=0,3382%2F11.5TBVFX-A.L1-1>>. Acesso em 08 set. 2020.

<sup>461</sup> Embora admitam que o direito à manutenção das relações pessoais entre avós e netos tem por fundamento o parentesco, Rosa Martins e Paula Távora Vítor ressaltam que nem sempre pode se afirmar que este tipo de relação tem por base também o afeto, já que, mesmo quando este é inexistente, o direito à manutenção destas relações pessoais não pode ser negado. Cf. Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 66.



deixar de reconhecer a existência de um direito dos avós<sup>462</sup> à manutenção de relações pessoais com os netos, ainda que tal direito tenha um fundamento diverso do interesse da criança e do desenvolvimento da sua personalidade. Portanto, faz mais sentido falarmos em um direito ao convívio recíproco do que em direitos estanques. O que ocorre é que, por força do princípio do melhor interesse da criança, o direito dos avós assume a natureza de direito “potencial e abstrato”<sup>463</sup>, na medida em que poderá ser limitado ou condicionado no caso concreto, se o interesse do neto assim o reclamar<sup>464</sup>.

Quanto à última indagação, não vislumbramos qualquer óbice para que os avós intentem uma demanda em juízo para fins de estabelecimento de um esquema de convivência familiar com os netos, mesmo à revelia da vontade dos pais ou de um deles, o que, aliás, já ocorre no quotidiano nos tribunais, desde que, evidentemente, a manutenção de tal relação com o neto não vá de encontro ao melhor interesse deste. Caberá, portanto, aos juízes e tribunais analisar se a justificativa apresentada pelos genitores ou por um deles para impedir ou limitar este convívio é realmente fundada em fatos concretos e se é relevante a ponto de respaldar uma limitação, bem como devem avaliar se o convívio pleiteado colide com o melhor interesse da criança. No domínio da importância do contato entre avós e netos e da preponderância do interesse da criança neste aspecto, no contexto brasileiro, merece também destaque o acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 26/02/2019 (Apelação Cível n.º 0016252-84.2015.8.19.0087)<sup>465</sup>. O acórdão diz respeito a uma apelação em face de uma sentença de procedência parcial proferida no âmbito de uma ação de regulamentação de visitas da avó paterna com relação ao neto, com nove anos de idade, à época. O contexto fático envolvia uma limitação do contato entre avó paterna e neto imposta pela genitora, após o

<sup>462</sup> Como bem observam Rosa Martins e Paula Távora Vítor, o interesse dos avós no que tange à manutenção das relações com os netos, para além de estar relacionado à sua satisfação ou realização pessoal, ainda pode ter outro fim, qual seja, o fortalecimento dos laços com a família alargada ou a a solidariedade familiar. Cf. . Rosa Martins/ Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in **Revista Julgar**, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 68.

<sup>463</sup> Com este entendimento, cf. *idem, ibidem*, p. 74. As autoras assim argumentam: “É por força da consideração do interesse do neto que o direito dos avós é classificado direito como potencial e abstracto. Será a avaliação do interesse daquele, pelos pais (e/ou pelo tribunal), atentas as circunstâncias de cada caso, e o juízo de conformidade de tal interesse que as relações pessoais com os avós, que converterá o direito destes em definitivo e concreto até nova ponderação”. Neste aspecto, concordamos com as autoras, na medida em que o fato de o direito dos avós estar atrelado ao interesse do neto, retira-lhe a natureza de um típico direito subjetivo.

<sup>464</sup> V. art. 1887º-A do Código Civil Português e art. 3º, n.º 1 da CDC.

<sup>465</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Processo n.º 0016252-84.2015.8.19.0087; Apelação; Relator Desembargador: Carlos Eduardo Moreira da Silva; Julgamento: 26/02/2019; Vigésima Segunda Câmara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em 08 set. 2020.

falecimento do pai da criança. Os julgadores concluíram que compete aos avós proteger os netos menores de idade e lhes proporcionar o melhor desenvolvimento possível, tanto no campo afetivo, como social e familiar, pelo que tal tipo de contato é um fator essencial ao desenvolvimento da personalidade da criança, que, a seu turno, não pode ser privada injustificadamente da companhia de qualquer dos avós. Com fulcro no princípio do melhor interesse da criança, o tribunal manteve a sentença por unanimidade e concluiu no sentido da sobreposição do direito do neto de ter a presença dos avós durante o seu desenvolvimento com relação ao direito dos avós de terem o neto em sua companhia.

Por fim, temos que é importante fazer uma última observação. Quando estamos a falar do direito à continuidade das relações psicológicas profundas, estamos a nos referir a relações pessoais significativas e não apenas a visitas. Neste sentido, temos que, embora seja usualmente utilizada, a expressão “direito de visitas” entre netos e avós não seria a mais correta para designar este tipo de relação, já que, a toda evidência, a superficialidade e o caráter eventual da expressão “visita” contrastam com a natureza profunda da relação entre avós e netos, já que essencial ao desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes. Assim, entendemos que, em termos técnicos, o correto seria utilizar a expressão “direito ao convívio” ou “direito às relações pessoais”<sup>466</sup> entre avós e netos, a partir do momento em que estes dois pólos são titulares de direitos autônomos e cujas finalidades são diversas, embora relacionados entre si.

#### d) Outros familiares

Com relação aos demais familiares da criança ou do adolescente, em se tratando de outros ascendentes (além dos avós) e de irmãos, temos que, desde que esteja realmente configurada a relação de parentesco, a tônica a ser observada é a mesma desenvolvida no tópico anterior, relativamente aos avós. Isto porque, como já vimos, o artigo 1887º-A do Código Civil português veda aos pais impedirem o filho de manter relações pessoais com algumas das suas figuras de referência, quais sejam, ascendentes e irmãos, sem justificativa relevante. Do mesmo modo, este convívio estará sempre subordinado ao atendimento do melhor interesse da criança. E se estivermos a tratar de outros familiares diversos dos ascendentes ou dos irmãos mencionados no artigo 1887º-A do Código Civil português, como é o caso de outros parentes

---

<sup>466</sup> Defendendo a propriedade desta terminologia, cf. Rosa Martins, Paula Távora Vítor, “O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente”, in *Revista Julgar*, n.º 10, Lisboa, 2010, p. 72.

colaterais como, por exemplo, tios e primos? A convivência da criança com tais figuras de referência deve, da mesma forma, gravitar em torno do melhor interesse daquela. Se este interesse restar atendido, não vemos obstáculos ao convívio, ainda que tenhamos que admitir o menor grau de intensidade de tal relação quando comparada ao convívio com ascendentes e irmãos. O legislador partiu do pressuposto de que, para além dos pais, outros ascendentes e irmãos tendem a ser figuras de referência mais importantes na vida de uma criança do que os demais familiares, mas isto não equivale a dizer que outros parentes também não possam ocupar este espaço de referência. A ausência de menção expressa a estes demais familiares na legislação não tem o condão de se sobrepor ao princípio do melhor interesse da criança, que, além de estar plasmado em termos internacionais, através da CDC, também possui *status* legal em ambos os países ora tratados. Neste sentido, aliás, a jurisprudência brasileira já se manifestou reconhecendo que, embora o artigo 1589, *caput*, do CCB e o seu parágrafo único não estendam aos tios/tios-avós o direito de visitas, é possível o deferimento de tal medida se esta for necessária para preservar o melhor interesse da criança<sup>467</sup>.

#### 4.5 Breves notas de Direito comparado

Muito embora o objeto deste trabalho esteja circunscrito aos ordenamentos jurídico-constitucionais de Portugal e do Brasil, com o fito de apresentar um panorama mais completo do tema e viabilizar um estudo comparado, também analisaremos brevemente a maneira como a convivência familiar se apresenta no ordenamento jurídico-constitucional de outros países. Por considerarmos que seria mau investimento de tempo realizar um estudo percuente neste sentido em todas as Constituições, eis que, como ressaltamos, este não é o objeto principal deste trabalho, empreenderemos apenas uma rápida descrição de trechos de algumas Constituições que podem nos remeter à positivação do direito à convivência familiar em cada uma das Cartas analisadas. Sem embargo da Constituição Portuguesa e da Constituição Brasileira, que serão objeto de capítulos próprios, a análise ora levada a efeito será restrita a algumas das principais Constituições europeias, assim como a algumas Constituições latino-americanas, à Constituição sul-africana e a duas Constituições de países do Oriente Médio, estas últimas

---

<sup>467</sup> Neste sentido, v. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Embargos de declaração processo n.º 70063148969; Oitava Câmara Cível; Relator: Alzir Felipe Schmitz; Data de julgamento: 12/02/2015. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em 15 jul. 2020.

marcadas pela submissão dos juízes à Sharia islâmica, justamente para que possamos perceber como a convivência familiar é perspectivada em cada um destes sistemas. Como teremos a oportunidade de constatar, em nenhuma das Constituições que serão brevemente abordadas a convivência familiar assim denominada figura propriamente como um direito fundamental com tal nomenclatura. Tal parece ser uma peculiaridade da Constituição Brasileira, que, no *caput* do seu artigo 227, pretendeu eliminar qualquer risco de interpretação, ao deixar a convivência familiar expressa no rol de direitos fundamentais da população infantojuvenil. Entrementes, tal não impede a constatação no sentido de que algumas Constituições de outros países também consagram a convivência familiar em seu texto, ainda que sob vestes diferentes.

No âmbito europeu, iniciaremos pela Constituição Alemã, mais precisamente, a Lei Fundamental de 1949. O nosso raciocínio jurídico acerca da consagração do direito fundamental à convivência familiar será construído a partir do disposto no artigo 1º da Lei Fundamental alemã, que trata da dignidade humana, dos direitos humanos e da força legalmente vinculante dos direitos fundamentais. Tal dispositivo constitucional prega que a dignidade humana é inviolável e que respeitá-la e protegê-la deve ser o dever de toda e qualquer autoridade estatal. Concomitantemente, o artigo 2º estabelece que, desde que não viole os direitos de terceiros ou ofenda a ordem constitucional ou a lei moral, toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Sem embargo disto, há ainda um dispositivo que enumera diversos direitos para assegurar a proteção do casamento, da família e das crianças (artigo 6 e incisos)<sup>468</sup>, dentre eles um dispositivo muito similar ao disposto no artigo 36º, nº 6 da Constituição Portuguesa, que prevê que a separação entre crianças e suas famílias, contra a vontade dos pais ou responsáveis, só é permitida nos termos de uma lei, e somente se os pais ou responsáveis falharem em seus deveres ou, ainda, se os filhos estiverem em perigo de séria negligência. Portanto, ainda que não nos mesmos moldes da CRFB, não parece haver dúvida acerca da consagração da convivência familiar como um direito fundamental na Constituição Alemã.

---

<sup>468</sup> Artigo 6: “1. O casamento e a família gozarão da proteção especial do Estado. 2. O cuidado e a educação das crianças é um direito natural dos pais e um dever que lhes cabe principalmente. O estado deve vigiá-los no desempenho deste dever. 3. As crianças só podem ser separadas de suas famílias contra a vontade de seus pais ou responsáveis, nos termos de uma lei, e somente se os pais ou responsáveis falharem em seus deveres ou se os filhos estiverem em perigo de séria negligência. 4. Toda mãe terá direito à proteção e cuidado da comunidade. 5. Os filhos nascidos fora do casamento serão providos pela legislação com as mesmas oportunidades para o desenvolvimento físico e mental e para a sua posição na sociedade de que gozam os nascidos no casamento”. Disponível em: <<http://www.constituteproject.org>>. Acesso em 11 mar. 2019.

Na Itália, a Constituição de 1947, no título II, estabelece expressamente que os pais têm, ao mesmo tempo, o direito e o dever de sustentar, criar e educar seus filhos, mesmo que nascidos fora do casamento<sup>469</sup>. Na França, não há também um dispositivo específico conferindo expressamente à convivência familiar o *status* de direito fundamental. Todavia, o dispositivo constitucional que nos remete à convivência familiar, ainda que indiretamente, está no preâmbulo à Constituição de 27 de outubro de 1946, que assim prega: “A Nação fornecerá ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento”. Por sua vez, a Constituição Espanhola, no título I, quando trata dos direitos e deveres fundamentais, em seu artigo 10º, situa a dignidade humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da ordem política e da paz social<sup>470</sup>. Na Constituição Espanhola, a proteção da família e da infância está disciplinada no artigo 39º, situado no capítulo que trata dos princípios que regem a política social e econômica<sup>471</sup>. Neste diapasão, merece destaque o n.º 4 do artigo 39º da Constituição Espanhola, que dispõe que as crianças gozam da proteção prevista nos acordos internacionais que velam pelos seus direitos.

No contexto sul-americano, destacamos a Constituição da Colômbia, que, a exemplo da Constituição Portuguesa e da brasileira, em seu artigo 42, dispõe que a família é o núcleo básico da sociedade<sup>472</sup>. Para além disto, ao menos no contexto da proteção às crianças e adolescentes, a Constituição Colombiana é bem completa ao tratar e aprofundar a questão da convivência

---

<sup>469</sup> Art 30: É dever e direito dos pais sustentar, criar e educar seus filhos, mesmo que nascidos fora do casamento. Em caso de incapacidade dos pais, a lei prevê o cumprimento dos seus deveres. A lei garante medidas legais e de proteção social que sejam compatíveis com os direitos dos membros da família legítima a quaisquer filhos nascidos fora do casamento. A lei estabelecerá normas e restrições para a determinação da paternidade (tradução nossa). Disponível em: <http://www.constituteproject.org>. Acesso em 11 mar. 2019.

<sup>470</sup> Artigo 10º. Direitos da pessoa 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são o fundamento da ordem política e da paz social. 2. As normas relativas aos direitos e liberdades fundamentais reconhecidas pela Constituição serão interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha. (Tradução nossa).

<sup>471</sup> CAPÍTULO III. Dos princípios orientadores da política social e econômica. Artigo 39.º Protecção da família e dos filhos 1. Os poderes públicos garantem a protecção social, económica e jurídica da família. 2. Os poderes públicos garantem também a protecção integral dos filhos, iguais perante a lei, independentemente da sua filiação, e das mães, qualquer que seja o seu estado civil. A lei possibilitará a investigação da Constituição espanhola. 3. Os pais devem prestar assistência de todos os tipos aos filhos, dentro ou fora do casamento, durante a sua menoridade e em outros casos em que seja legalmente apropriado. 4. As crianças gozarão da protecção prevista em acordos internacionais que protegem seus direitos. (Tradução nossa).

<sup>472</sup> Artigo 42º da Constituição da Colômbia: A família é o núcleo básico da sociedade. É formado com base em laços naturais ou legais, através da livre decisão de um homem e uma mulher de contratar o matrimônio ou através da determinação responsável de cumpri-lo. O Estado e a sociedade garantem a proteção integral da família. Uma lei determinará o patrimônio familiar inalienável e imprevisível. A honra, a dignidade e a intimidade da família são invioláveis. (Tradução nossa).

familiar, quando enumera como direito básico das crianças, em seu artigo 44<sup>473</sup>, o direito a ter uma família e a não se separar dela. E a Constituição vai além, quando relaciona a obrigação comum da família, da sociedade e do Estado no sentido de assistir e de proteger as crianças com a garantia do seu desenvolvimento harmonioso e integral, além do pleno exercício de seus direitos, assim como quando reconhece a precedência dos direitos das crianças sobre os direitos dos outros. A seu turno, a Constituição mexicana, em seu artigo 4º, tem a peculiaridade de consagrar no próprio texto constitucional o princípio do melhor interesse da criança e, concomitantemente, de atribuir aos pais e responsáveis a obrigação de manter e exigir o cumprimento dos direitos das crianças e ao Estado, o dever de conceder auxílio para o cumprimento destes direitos<sup>474</sup>.

A Constituição sul-africana também não passa ao largo da convivência familiar, quando estatui, em seu artigo 28º, que toda a criança possui direito a cuidados familiares ou parentais ou cuidados alternativos adequados nos casos em que estejam privados do ambiente familiar<sup>475</sup>. A Constituição da Arábia Saudita, em sua parte 3, no artigo 9º, dispõe que a família é o núcleo da sociedade saudita. Embora não haja previsão expressa do direito à convivência familiar, o artigo 10º da Constituição saudita prega que o Estado deve envidar os seus esforços para fortalecer os laços familiares e proteger os direitos humanos que não contrastem com a Sharia'a islâmica<sup>476</sup>. Da mesma forma que a Constituição saudita, entrelaçando Religião e

---

<sup>473</sup> Artigo 44º da Constituição da Colômbia: Os seguintes são os direitos básicos das crianças: vida, integridade física, saúde e segurança social, uma dieta equilibrada, nome e cidadania, ter uma família e não se separar dela, cuidado e amor, instrução e cultura, recreação e livre expressão de suas opiniões. Eles devem ser protegidos contra todas as formas de abandono, violência física ou moral, seqüestro, venda, abuso sexual, trabalho ou exploração econômica e trabalho perigoso. Eles também gozam de outros direitos reconhecidos na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais ratificados pela Colômbia. A família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de assistir e proteger as crianças, a fim de garantir seu desenvolvimento harmonioso e integral e o pleno exercício de seus direitos. Qualquer indivíduo pode solicitar à autoridade competente a aplicação desses direitos e a sanção daqueles que os violarem. Os direitos das crianças têm precedência sobre os direitos dos outros. (Tradução nossa).

<sup>474</sup> Artigo 4º da Constituição Mexicana: O Estado, em todas as decisões que tomar e em todas as ações que realiza, salvaguardará e cumprirá o princípio de fazer o que é do melhor interesse das crianças, garantindo assim inteiramente os seus direitos. Meninos e meninas têm o direito de ter suas necessidades nutricionais, de saúde, educacionais e recreativas satisfeitas para o seu desenvolvimento adequado. Este princípio deve orientar o desenho, a fiscalização, o acompanhamento e a avaliação das políticas públicas voltadas para a infância. Parentes e responsáveis ascendentes têm a obrigação de manter e exigir o cumprimento desses direitos e princípios. O Estado concederá ajuda a indivíduos para ajudar no cumprimento dos direitos das crianças. (Tradução nossa).

<sup>475</sup> Artigo 28 da Constituição da África do Sul: 1. Toda criança tem o direito: a. a um nome e uma nacionalidade desde o nascimento; b. aos cuidados familiares ou cuidados parentais, ou a cuidados alternativos apropriados quando removidos do ambiente familiar; c. à nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais; d. ser protegido de maus-tratos, negligência, abuso ou degradação; e. ser protegido de práticas trabalhistas de exploração. (Tradução nossa).

<sup>476</sup> Constituição da Arábia Saudita: PARTE 3. CONSTITUINTES DA SOCIEDADE SAUDITA. ARTIGO 9: A família é o núcleo da sociedade saudita. Seus membros serão criados imbuídos do Credo Islâmico que exige obediência a Deus, Seu Mensageiro e aqueles da nação que são acusados de autoridade; pelo respeito e execução da lei e da ordem; e por amor à pátria e orgulho de sua gloriosa história. ARTIGO 10: O Estado

Constituição<sup>477</sup>, a Constituição do Irã revela especial preocupação com a proteção das crianças desprovidas de guardiões, motivo pelo qual o texto constitucional dispõe acerca da concessão de “tutela de crianças a mães dignas, a fim de proteger os interesses das crianças, na ausência de um tutor legal”<sup>478</sup>. Todavia, a Constituição Iraniana também não dispõe de um dispositivo específico fazendo alusão direta à convivência familiar.

Este breve percurso pelas Constituições de alguns países nos permitiu perceber que, por mais que sejam diferentes entre si, em termos de cultura, religião e costumes, estes países têm em comum o fato de situarem a família como a base da sociedade e, de alguma forma, protegerem a vida familiar, ainda que de formas diferentes e em graus diversos. Através das diversas normas constitucionais abordadas, podemos refletir sobre o grau de proteção direcionado à convivência familiar em cada uma das Cartas, bem como observar quais são as normas que nos poderiam ser mais úteis para amparar o desenvolvimento do nosso trabalho, como é o caso das normas constitucionais afetas à família na Constituição colombiana, em razão da sua completude.

#### 4.6 Natureza jurídica

Neste tópico, teremos a oportunidade de analisar a natureza jurídica do direito à convivência familiar. O nosso propósito é defender o caráter de direito fundamental da convivência familiar em ambas as Constituições. Entretanto, veremos que a sistematização

---

esforçar-se-á por fortalecer os laços que unem a família e preservar seus valores árabes e islâmicos. Da mesma forma, é bom cuidar bem de todos os membros da família e criar condições adequadas para ajudá-los a cultivar suas habilidades e capacidades. ARTIGO 26: O Estado protegerá os direitos humanos de acordo com a Sharia'a islâmica (tradução nossa).

<sup>477</sup> Sobre o entrelaçamento entre Constituição e Religião como característica das teocracias constitucionais, Luís Pereira Coutinho nos leciona: “Tal como numa democracia constitucional, numa teocracia constitucional existe uma Constituição em sentido formal – uma Constituição unitária ou, em alternativa, um conjunto de leis fundamentais escritas com força jurídica superior designadas no seu conjunto como Constituição - assistida por um órgão jurisdicional de garantia. O que a distingue enquanto teocracia é o facto de a Constituição afirmar a lei religiosa (no caso da lei islâmica, a Xária ou *Shariah*) como lei superior ou como suprema fonte de Direito, cabendo a uma jurisdição superior, não apenas a garantia da Constituição, como também a garantia da lei religiosa, perante a qual cedem todos os actos jurídico-públicos”. Cf. Luís Pereira Coutinho, **Teoria dos Regimes Políticos**, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 145.

<sup>478</sup> Artigo 21 da Constituição da República Islâmica do Irã: O governo deve garantir os direitos das mulheres em todos os aspectos, em conformidade com os critérios islâmicos, e atingir os seguintes objetivos: 1.criar um ambiente favorável ao crescimento da personalidade da mulher e à restauração de seus direitos, tanto materiais quanto intelectuais; 2.a proteção das mães, particularmente durante a gravidez e a educação das crianças, e a proteção das crianças sem guardiões; 3.estabelecer tribunais competentes para proteger e preservar a família; 4.o fornecimento de seguro especial para viúvas e mulheres e mulheres idosas sem apoio; 5.a concessão de tutela de crianças a mães dignas, a fim de proteger os interesses das crianças, na ausência de um tutor legal (tradução nossa).

deste direito pode assumir aspectos heterogêneos em cada uma das Constituições abordadas, pelo que o caminho a ser percorrido para chegarmos àquela conclusão será diferente em cada uma das Cartas Magnas.

#### 4.6.1 O enquadramento da convivência familiar na CRP como direito fundamental

Desde o início do nosso trabalho, indicamos que o nosso percurso seria no sentido da construção do raciocínio de que a convivência familiar possui natureza jusfundamental. Mas em que termos poderíamos chegar a esta conclusão? Ao contrário do que ocorre na Constituição Brasileira, não há uma norma constitucional específica na Constituição Portuguesa que preveja a convivência familiar assim denominada como um direito fundamental propriamente dito. Todavia, tal fato, por si só, não afasta a sua natureza jusfundamental. É que a construção de tal raciocínio decorre de uma avaliação sistemática de diversas normas constitucionais, espalhadas pelo texto da CRP, assim como da análise de diversas normas infraconstitucionais. Não são incomuns as situações em que as normas constitucionais podem ser extraídas de mais de um dispositivo da Carta Magna<sup>479</sup>, mormente porque a dinamicidade das situações da vida e da História faz com que haja a descoberta de novos direitos fundamentais em situações em que a dignidade da pessoa humana passa a ser ameaçada<sup>480</sup>. Vejamos então, a partir de agora, em que

---

<sup>479</sup> Nesta linha de raciocínio, Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues nos lembra que as normas de direitos fundamentais que expressam o literal significado do enunciado não são a regra, posto que, não raro, o intérprete da norma depara-se com a necessidade de “construir normas de direitos fundamentais a partir do texto constitucional”. E arremata o autor: “No mais das vezes, as normas de direitos fundamentais adscritas são construídas a partir de conceitos jurídicos indeterminados, à maneira das demais normas constitucionais. Por isso é que servem à sua concretização as regras hermenêuticas aplicáveis às normas constitucionais. Há situações, inclusive, em que são extraíveis de mais de um dispositivo, como ocorre no art. 5º, LIV e LV, da nossa CF/1988, ou mesmo de nenhum dispositivo constitucional, uma vez que não somente o texto constitucional pode encerrá-las”. Cf. Raimilan Seneterri da Silva Rodrigues, “A moderna interpretação dos Direitos Fundamentais”, in João Luis Nogueira Matias (coord.), **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 117.

<sup>480</sup> Neste sentido, Vasco Pereira da Silva leciona: “Esta sucessão geracional implicou mudanças quantitativas e qualitativas na noção de direitos fundamentais, que conduziram tanto ao seu alargamento como à sua transformação. Assim, por um lado, dá-se a descoberta de novos direitos fundamentais, seja em todas aquelas novas situações em que a dignidade da pessoa humana se defronta com graves e distintas ameaças (até então, desconhecidas ou insignificantes) exigindo uma protecção jurídica ao nível constitucional, seja como resultado da “decomposição” ou “recomposição” de clássicos direitos fundamentais que vão dando origem a outros, seja ainda em virtude de densificação e de mutação em protecção subjectiva de regras, até aí, simplesmente destinadas a uma tutela (ou garantia) objectiva. Por outro lado, verifica-se a modificação da própria noção (de partida) dos direitos fundamentais, pois, na actualidade (ao fim de três gerações- e, sabe-se lá, quantas mais virão?) estes já não se limitam apenas às tradicionais liberdades, mas passaram a incluir também direitos de prestação e direitos de participação (procedimentais, processuais)”. Cf. Vasco Pereira da Silva, “Todos diferentes, todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**, vol. III, Lisboa, 2011, pp. 558-559.



moldes a CRP reconhece o direito à convivência familiar, através da análise da constelação normativa que integra este direito fundamental.

A edificação da assertiva relativa à convivência familiar como direito fundamental no ordenamento jurídico português tem o seu ponto de partida na localização das normas que se relacionam a este direito na CRP. Primeiramente, no Título II, que se ocupa dos direitos, liberdades e garantias, destacamos o artigo 26, n.º 1 da Carta Magna, responsável por consagrar o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade e à identidade pessoal. Como tivemos a oportunidade de abordar no capítulo 2 deste trabalho, há uma íntima relação entre o desenvolvimento da personalidade, a dignidade da pessoa humana e a família, de modo que, ao garantir o direito ao desenvolvimento da personalidade, não há como escaparmos da ideia de que, mesmo implicitamente, o legislador constituinte também está a garantir todos os elementos fundamentais para que este desenvolvimento se materialize, dentre os quais, o natural e saudável convívio com a nossa gênese, a nossa família<sup>481</sup>. No mesmo Título II, o artigo 36º, n.º 5 estabelece o direito-dever de educação e manutenção que os pais têm relativamente aos filhos, de modo que o exercício adequado deste direito-dever tem como pressuposto lógico a necessidade de convívio entre estas duas gerações para criar um ambiente propício à materialização deste binómio educação-manutenção. A seu turno, o artigo 36º, n.º 6 da CRP consagra uma norma que talvez seja a que traduz mais explicitamente o direito à convivência familiar na Constituição, ao pregar a impossibilidade de separação entre pais e filhos sem justificação relevante. Tal justificação, aliás, é sinalizada na própria norma constitucional, qual seja, a ausência de cumprimento dos deveres fundamentais dos pais para com os filhos e, ainda assim, esta restrição justificada só pode ocorrer mediante decisão judicial.

Porém, o percurso da convivência familiar na CRP não se esgota no Título da CRP destinado aos direitos, liberdades e garantias. Há algumas normas que nos remetem à convivência familiar também dispersas no Título III da CRP, que trata dos direitos e deveres

---

<sup>481</sup> Concordamos com Humberto Ávila, quando aduz que, para além da garantia de um mínimo para a sua existência, para a sua identidade e integridade física e espiritual, o que o ser humano realmente precisa para gozar uma vida digna e feliz é “ter a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente”. Cf. Humberto Ávila, **Constituição, Liberdade e Interpretação**, São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 11. Nesta toada, para completarmos, mais uma vez, o nosso raciocínio acerca da íntima relação entre a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade e a família, recorreremos ao mesmo autor, que, ao discorrer sobre uma das funções dos direitos fundamentais, qual seja, a de servir como um instrumento assegurador de garantias institucionais, pontua que, diante da inexistência de instituições como a família, por exemplo, o indivíduo não terá a autonomia e a independência necessárias para a definição de um “projeto de vida juridicamente orientado e protegido”. Cf. *idem, ibidem*, p. 28

econômicos, sociais e culturais. Quando o artigo 67º, n.º 1 aduz que a família é elemento fundamental da sociedade e que, portanto, goza não só do direito à proteção por parte desta sociedade, mas também à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de cada um de seus membros, ainda que por via indireta, está a indicar o caráter jusfundamental da convivência familiar. Mas, o legislador constituinte não parou por aí, já que o próprio artigo 67º, n.º 2 delimitou expressamente os deveres fundamentais do Estado para a garantia deste direito, dentre os quais, o de cooperar com os pais na educação dos filhos, o que, em última análise, diminui as chances de os genitores deixarem de cumprir com os seus deveres fundamentais, descumprimento este que, aliás, constitui causa justificada e autorizada pela própria CRP para permitir a limitação do direito à convivência familiar (art. 36, n.º 6). Como podemos perceber, as normas estão conectadas entre si, já que o Estado está vinculado a este dever de cooperação para com os pais de forma de evitar que estes venham a descumprir os seus deveres fundamentais para com os filhos.

Por sua vez, no capítulo destinado aos direitos e deveres sociais, o artigo 69º, n.º 1 e 2 é o que traduz de forma mais fidedigna a preocupação do Estado de assumir os seus deveres relativos à garantia da convivência familiar a crianças e adolescentes totalmente privados deste direito, ao assegurar especial proteção às crianças órfãs ou abandonadas e também às crianças por alguma razão privadas de um ambiente familiar normal, assim como às crianças que sofrem os efeitos do exercício abusivo da autoridade na própria família. Assim, todas estas normas constitucionais citadas, em conjunto, constituiriam o que podemos denominar de direito fundamental à convivência familiar na CRP, ainda que cada uma delas apresente estrutura e comando próprios. A toda evidência, há também dispositivos infraconstitucionais que tratam da convivência familiar, mas como a nossa perspectiva é sobretudo constitucional, tais normas não serão o nosso foco principal, ao menos neste primeiro momento.

Apesar de reconhecermos que o critério isolado da localização topológica de determinadas normas na Constituição pode não ser satisfatório, já que os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo da parte I da CRP<sup>482</sup>, destinada aos direitos e deveres fundamentais,

---

<sup>482</sup> Há direitos fundamentais fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos, sendo alguns deles de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 19ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 404-405.

não há como deixarmos de reconhecer que a sistematização dos dispositivos citados na parte I da CRP sinaliza a natureza jusfundamental do direito do qual estamos a tratar<sup>483</sup>. De fato, não precisamos nos contentar apenas com este critério para argumentar a jusfundamentalidade da convivência familiar, já que a riqueza de *nuances* das normas de direitos fundamentais nos permite explorar outros critérios para afirmar a natureza jusfundamental deste direito. Isto porque, há algumas características<sup>484</sup> em determinados direitos, notadamente no que se refere ao seu conteúdo e importância, que indicam a sua natureza jusfundamental, independente da localização da norma correlata. A partir deste pressuposto, há que se reconhecer que a convivência familiar possui todas estas características normalmente afetas aos direitos fundamentais, quais sejam, fundamentalidade, individualidade, não patrimonialidade, universalidade, permanência e indisponibilidade. Trata-se, a toda evidência, de um direito materialmente fundamental, eis que, como já vimos, está diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>485</sup>. Para além disto, a convivência familiar é um direito individual, posto que, *a priori*, somente os indivíduos podem ser titulares de tal direito, na medida em que a dignidade humana que os fundamenta só vale para pessoas físicas<sup>486</sup>, assim como a convivência familiar não possui repercussão patrimonial, já que atrelada ao desenvolvimento

---

<sup>483</sup> Sobre este critério, cf. Daniel Sarmento, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 86. Apesar de pontuar que este não é um critério absoluto, o autor afirma que a topologia constitucional é relevante para a “caracterização da fundamentalidade do direito, pois dela decorre a distribuição do ônus argumentativo sobre a questão. Se o direito estiver inserido no catálogo, haverá presunção de que se trata de direito fundamental, e o ônus argumentativo caberá àquele que sustentar o contrário. Já se ele estiver fora do catálogo, deve-se presumir que não é fundamental, competindo a quem sustenta a sua fundamentalidade o ônus de demonstrar que se trata de concretização importante do princípio da dignidade da pessoa humana”.

<sup>484</sup> Sobre características comuns aos direitos fundamentais, cf. José Melo Alexandrino, **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**, Estoril: Príncípa Editora, 2007, pp. 22-23.

<sup>485</sup> Concordamos com Ingo Wolfgang Sarlet, quando aponta a vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana como um dos critérios para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. O autor defende que o princípio pode ser utilizado como critério basilar, ainda que não exclusivo, para a construção deste conceito. O autor reconhece também que há uma gradação no que tange à vinculação ao princípio, a depender da norma de direitos fundamentais. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 112-113. Também no sentido da fundamentalidade de um ponto de vista substancial, que corresponderia “à sua importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar”, cf. José Carlos Vieira de Andrade, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 132. Contudo, pontuamos que este critério para a distinção entre direitos materialmente constitucionais e formalmente constitucionais não é unânime, posto que, na doutrina portuguesa, há quem defenda a inadequação desta teoria, sobretudo no que refere à dificuldade de enquadramento das pessoas coletivas, associações, organizações, bem como no que tange à ausência de resultados práticos, já que a CRP consagrou a mesma dignidade a ambos os tipos de direitos. No sentido desta inadequação, por todos, cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 19ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 407.

<sup>486</sup> Neste sentido, cf. José Carlos Vieira de Andrade, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012, pp. 115-116. Não nos aprofundaremos na questão relacionada às pessoas coletivas, por não se tratar do objeto de nosso trabalho. Para aprofundamento, remetemos o leitor às reflexões de José Carlos Vieira de Andrade neste tocante. Cf. *idem, ibidem*, pp. 116-133.

da personalidade. Por sua vez, é um direito universal, na medida em que é atribuído a todas as pessoas<sup>487</sup> (a princípio), pela sua condição humana, e um direito permanente, na medida em que não tem limites temporais, tampouco carece de uma condição ou causa final para a sua existência<sup>488</sup>. É também um direito indisponível, pois está fora da esfera da plena disponibilidade dos poderes constituídos<sup>489</sup>, já que o Estado não pode privar crianças e adolescentes deste direito sem justificativa relevante, pois como já vimos, a restrição só pode ocorrer nos moldes autorizados pela própria Constituição, vale dizer, nos casos em que os pais não estejam a cumprir com os seus deveres fundamentais para com os filhos, mediante decisão judicial. Da mesma forma, crianças e adolescentes não podem abrir mão desta convivência, já que imprescindível para o adequado desenvolvimento de suas próprias personalidades.

Outro importante argumento para a defesa da natureza jusfundamental da convivência familiar no ordenamento jurídico português reside na denominada “cláusula aberta de direitos fundamentais”<sup>490</sup> prevista no artigo 16º, n.º 1 da CRP. Ao se estabelecer a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais constantes de leis e de regras aplicáveis de direito internacional, além daqueles consagrados na Carta Magna, é inevitável a conclusão acerca da jusfundamentalidade da convivência familiar. Em primeiro lugar, porque há também dispositivos legais<sup>491</sup> no ordenamento jurídico português que nos remetem à convivência familiar, dentre eles, a alínea “h” do artigo 4º da LPCJP. Isto porque, a partir do momento em

<sup>487</sup> Como já ressaltamos, o fato de este trabalho ter um enfoque infantojuvenil não retira o caráter universal da convivência familiar.

<sup>488</sup> Com este entendimento, cf. José Carlos Vieira de Andrade, **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012, pp. 126-127.

<sup>489</sup> Neste sentido, são pertinentes as lições de Humberto Ávila, quando afirma que, para que um direito seja considerado fundamental, é necessário que ele cumpra algumas funções, quais sejam, figurar como um mecanismo de defesa do indivíduo frente a intervenções estatais, servir como um mecanismo de prestação, servir como mecanismo de participação, servir como um instrumento assegurador de garantias institucionais e, por fim, servir como uma ordem objetiva de valores. Quanto à primeira destas funções atribuídas aos direitos fundamentais, o autor esclarece: “é funcionar como um mecanismo de defesa do indivíduo frente a a intervenções estatais que injustificadamente restringem seu âmbito de proteção, qual um escudo de aço que lhe serve de anteparo contra a espada dos detentores do poder”. Cf. Humberto Ávila, **Constituição, Liberdade e Interpretação**, São Paulo: Malheiros Editores, 2019, pp. 27-29.

<sup>490</sup> A expressão é utilizada por Jorge Miranda. Com relação ao artigo 16º, n.º 1 da CRP, o autor assim aduz: “Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novos direitos ou de novas faculdades de direitos para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder apelidar-se o art. 16º, número 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais”. Cf. Jorge Miranda, **Direitos Fundamentais**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 183.

<sup>491</sup> Um outro dispositivo legal que consideramos ser um reflexo do direito à convivência familiar no ordenamento jurídico português é o artigo 1981º, n.º 1, alínea “c” do Código Civil, ao estabelecer como requisito para a adoção o consentimento dos pais do adotando, ainda que menores e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, desde que não tenha havido medida de confiança com vista a futura adoção.

que esta norma estabelece a prevalência da família na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem, com ênfase para as medidas que os integrem à família, seja biológica, seja substituta, ou, ainda, através de outra forma de integração familiar estável, a LPCJP consagra também o direito à convivência familiar, e, em última análise, acaba por consagrar um direito fundamental. Em segundo lugar, não podemos olvidar que a CDC foi aprovada e ratificada no ordenamento jurídico português através da Resolução da Assembleia da República nº 20/90, cumprindo, pois, a exigência do artigo 8º, nº 1 e 2 da CRP<sup>492</sup>, portanto, se enquadra no conceito de “regras aplicáveis de direito internacional” a que alude o artigo 16º, nº 1 da CRP. Nesta linha de raciocínio, como já salientamos no item 4.2 deste trabalho, no corpo da Convenção, para além do seu preâmbulo, há diversos dispositivos que dizem respeito à convivência familiar, tais como, art. 5º; art. 9º, nº 1; art. 10º, nº 1 e 2; art. 18º, nº 1; art. 20º, dentre outros. Ao contrário do que possa parecer, entendemos que a cláusula aberta de direitos fundamentais não retira a força normativa do sistema de direitos fundamentais, desde que haja um esforço contínuo do intérprete da norma para somente considerar estes direitos previstos fora da Constituição como fundamentais quando, em razão do seu objeto e importância, forem realmente equiparáveis aos direitos formalmente fundamentais<sup>493</sup>. Desta forma, seja em razão da CDC, seja em razão dos dispositivos legais citados, temos que a convivência familiar como um direito fundamental no ordenamento jurídico-constitucional português é uma afirmação inafastável.

Ainda há uma questão a ser considerada relativamente ao enquadramento jusfundamental da convivência familiar no ordenamento jurídico-constitucional português e que está ligada ao fato de a CRP sistematizar os direitos fundamentais de uma forma bipartida. Embora toda a Parte I da CRP se incumba dos direitos e deveres fundamentais, o legislador constituinte elegeu títulos diferentes da Carta Magna para consagrar os direitos, liberdades e garantias (Título II) e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Título III). Como a construção do nosso raciocínio para chegar à afirmação da natureza jusfundamental da convivência familiar envolveu uma análise coordenada de uma plêiade de dispositivos

---

<sup>492</sup> Art. 8º da CRP: “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português” (nº 1). “As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna, após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português” (nº 2).

<sup>493</sup> Neste sentido, sobre a imprescindibilidade dos critérios “substância e relevância” para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 93.

constitucionais que, por sua vez, localizam-se em ambos os títulos da CRP, há uma outra questão subjacente, qual seja, avaliar o exato enquadramento constitucional deste direito, vale dizer, na categoria dos direitos, liberdades e garantias ou dos direitos sociais, ou, ainda, dos direitos análogos. Como já afirmamos em oportunidade anterior, há uma zona nebulosa<sup>494</sup> neste tocante, já que a simples leitura da CRP não nos oferece uma pronta resposta, de antemão. Embora concordemos com Vasco Pereira da Silva, quando aduz que esta dicotomia é “mais uma construção doutrinária do que uma exigência constitucional”<sup>495</sup> e não obstante consideremos pouco premente um enquadramento estanque da convivência familiar em uma determinada categoria<sup>496</sup>, entendemos pertinente explorar o tema, ainda que em breves notas.

<sup>494</sup> Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, p. 35.

<sup>495</sup> De acordo com os ensinamentos do autor, “(...) esta dicotomia é mais uma construção doutrinária do que uma exigência constitucional, já que o legislador constituinte, por um lado, estabeleceu regras comuns para todos os direitos fundamentais, ao lado de regras especiais para os direitos, liberdades e garantias, mas quase nada regulou acerca dos direitos económicos, sociais e culturais”. Cf. Vasco Pereira da Silva, “Todos diferentes, todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**, Lisboa, vol. III, 2011, p. 578. Por sua vez, Jorge Reis Novais propõe uma “dogmática unitária e abrangente dos direitos fundamentais” e sustenta que, ainda que sejam devidas diferenciações na seara dos direitos fundamentais, estas têm a ver com a “estrutura, a consistência, a densidade normativa e com os diferentes tipos de reservas que afectam os direitos e deveres estatais emergentes das normas constitucionais numa dada situação concreta”. Cf. Jorge Reis Novais, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 13. Ressalvamos, contudo, que tal entendimento não é unânime na doutrina. Em sentido diverso, Sérvulo Correia leciona que a distribuição dos direitos fundamentais pelas duas categorias constantes da CRP acarreta consequências no “sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes”, sobretudo no que diz respeito à diferenciação do grau de autonomia do legislador na função de “densificação do conteúdo de cada Direito Fundamental e na delimitação entre reserva de legislação e poder jurisdicional de definição de situações individuais e concretas com base directa nas normas constitucionais jusfundamentais”. Cf. Sérvulo Correia, “Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses”, in Jorge Miranda (Coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**, Lisboa, 2004, p. 969.

<sup>496</sup> Ao fazer uma análise crítica acerca da “arrumação” dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa, Vasco Pereira da Silva afirma: “Só que esta pretensa dicotomia de regimes jurídicos não bate certo, em minha opinião, nem com a unidade estrutural de todos os direitos fundamentais, nem com a solução constitucional de estender o regime dos direitos, liberdades e garantias aos demais direitos constitucionais, supostamente análogos (vide o artigo 17º CRP)”. (...) “A solução a dar ao problema passa, desde logo, em minha opinião, pela relativização e desvalorização da dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, considerando-a de natureza mais política do que jurídica, enquanto fruto das circunstâncias históricas em que foi elaborada a Constituição de 1976 e do extremar de posições ideológicas, até então em confronto, acerca dos modelos de Estado, de Constituição e de direitos fundamentais a adoptar. Mas, se isso era assim, nos primórdios, a subsequente evolução da Constituição, com a perda da “carga ideológica” das normas constitucionais- também em matéria de direitos fundamentais-, vai contribuir para o avultar da dimensão jurídica de todas as posições constitucionais de vantagem, obrigando o intérprete a revalorizar as regras que estabelecem “pontes” e não as que colocam “barreiras” à aproximação das tradicionais categorias de direitos fundamentais (...) Em suma, todos os direitos fundamentais gozam, em face da Constituição portuguesa, de um regime jurídico unitário, devendo por isso ser-lhes aplicadas as regras do regime dito dos direitos, liberdades e garantias, na medida em que constituam direitos subjectivos, e o regime dos direitos económicos, sociais e culturais, na medida da respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios fundamentais da ordem jurídica”. Cf. Vasco Pereira da Silva, “Todos diferentes,

Apesar de o legislador constituinte português ter optado por sistematizar os direitos fundamentais nestas duas categorias, entendemos que não deve haver um superdimensionamento na distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, já que os direitos fundamentais não devem comportar qualquer gradação de proteção<sup>497</sup>, mormente porque não há fundamentos suficientes para amparar este tipo de dicotomia<sup>498</sup>, tampouco relevância prática, em termos de efeitos jurídicos. Ao menos em termos axiológicos, não se revela adequada a afirmação da existência, *a priori*, de uma primazia dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos sociais, embora uma eventual unidade não impeça o reconhecimento da diferença estrutural existente entre os preceitos consagradores de cada um destes direitos<sup>499</sup>. Não vemos sentido na diferenciação dos direitos fundamentais em termos de relevância, posto que tal dicotomia apenas se prestaria a desprezar a força normativa da Constituição, diminuindo a importância das diversas consequências geradas pela natureza fundamental de determinados direitos, o que serve justamente para diferenciá-los dos direitos que não foram alçados a este patamar. A partir deste raciocínio, ao menos em termos práticos, revela-se muito mais produtivo analisar cada norma constitucional que possua relação com a convivência familiar, *per si*, e a sua respectiva estrutura<sup>500</sup>, do que pressupor os seus efeitos práticos tão e somente a partir da

---

todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**, vol. III, Lisboa, 2011, pp. 580-583.

<sup>497</sup> Com tal entendimento, Cf. Jorge Reis Novais, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, 2ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 13.

<sup>498</sup> Jorge Silva Sampaio ressalta a inexistência de fundamentos para justificar as cortantes distinções entre direitos de liberdade (que, para a doutrina tradicional, seriam os verdadeiros direitos fundamentais) e direitos sociais (que, de acordo com o autor, seriam vulgarmente chamados pela doutrina tradicional de “filhos bastardos da Constituição”). Cf. Jorge Silva Sampaio, **O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 222.

<sup>499</sup> Ao salientar a existência de duas orientações opostas na doutrina portuguesa em matéria de contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais (teorias absolutizadoras desta distinção e teorias negadoras ou desvalorizadoras desta dicotomia entre direitos fundamentais), Rui Medeiros pontua a necessidade da adoção de uma solução intermediária neste tocante, que passa pelo reconhecimento de diferenças na vertente estrutural e não na vertente axiológica destes direitos. Para o autor, no sistema constitucional português, é possível reconhecer uma unidade de sentido sob uma perspectiva axiológica, mas não no plano estrutural. Neste diapasão, o autor afirma: “A nossa posição situa-se, portanto, nas antípodas da concepção que preconiza que, do ponto de vista da sua estrutura jurídica, todos os direitos fundamentais são idênticos, já que todos eles apresentam uma vertente negativa, implicando um direito de defesa contra agressões públicas, em simultâneo com uma vertente positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua realização, possuindo portanto uma mesma identidade estrutural (complexa)”. Cf. Rui Medeiros, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, in Jorge Miranda (Coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 658-661. A seu turno, Jorge Reis Novais defende que, se alguma distinção entre as normas de direitos fundamentais é devida, esta não se prende à sistematização adotada pela CRP, mas sim a critérios estruturais da norma. Cf. Jorge Reis Novais, **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, 2ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, pp. 337-338.

<sup>500</sup> Neste sentido, Dinamene de Freitas pontua que “a sistemática constitucional não substitui a análise estrutural (e valorativa) de cada norma constitucional”. V. Dinamene de Freitas, **O Acto Administrativo Inconstitucional. Delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 120.

sistematização adotada pela CRP e seus respectivos regimes<sup>501</sup>. Portanto, alinhamo-nos ao entendimento daqueles que advogam a ausência de sentido no estabelecimento de “regimes jurídicos distintos para realidades estruturalmente idênticas”<sup>502</sup>.

Os direitos fundamentais possuem natureza complexa<sup>503</sup>, não só porque são compostos por relações de caráter plural, mas também porque trazem em seu bojo normas com estruturas e comandos diferentes entre si, ora demandando deveres estatais associados à função de defesa, ora à função de proteção, ora à promoção de acesso a bens de natureza jusfundamental. Para tornar mais clara a nossa assertiva, tomemos como exemplo a norma do artigo 36º, n.º 6 da CRP. Não parece haver dúvida de que tal norma possui a natureza predominante de um direito de defesa, que demanda do Estado um dever de abstenção na relação entre pais e filhos sem justificação relevante, e, portanto, um dever de índole negativa<sup>504</sup>, a princípio. Mas, a depender

---

<sup>501</sup> José Joaquim Gomes Canotilho leciona que a CRP estabeleceu um regime geral dos direitos fundamentais, aplicável a todos os direitos fundamentais (seja no que se refere aos direitos, liberdades e garantias, seja no que tange aos direitos económicos, sociais e culturais, seja no que se refere aos direitos fundamentais previstos no catálogo ou fora dele) e um regime específico ou qualificado dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga, já que a Constituição consagrou uma “disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais”. Contudo, o autor deixa claro que a relação entre o denominado “regime geral” e o “regime especial” não é de exclusão, o que equivale a dizer que não seria correto afirmar que existem dois regimes distintos para dois grupos diferentes de direitos fundamentais. Neste sentido, o autor advoga a existência de um regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais, indistintamente, bem como de um regime especial próprio (ou reforçado) dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga, que se acrescenta ao regime geral. Neste sentido, Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 19ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 415. Pontuamos, contudo, que não se trata de questão pacífica na doutrina lusitana. Nesta esteira, Jorge Miranda menciona a existência de um regime específico dos direitos, liberdades e garantias e de um regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais. Cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 482 e p. 548.

<sup>502</sup> Assim afirma Vasco Pereira da Silva. Cf. Vasco Pereira da Silva, “Todos diferentes, todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais”, in **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**, vol. III, Lisboa, 2011, p. 581.

<sup>503</sup> Sobre o caráter complexo dos direitos fundamentais, Vitalino Canas leciona que: “são no fundo, relações jurídicas, as relações jurídicas fundamentais, abstractamente construídas pela Constituição (...) A sugestão aqui deixada é no sentido de que as relações jurídicas fundamentais são, na maioria dos casos, relações complexas e, inevitavelmente, pluralistas. Um direito fundamental (igual a relação jurídica fundamental) tanto pode decompor-se numa relação entre dois sujeitos, sendo um, por exemplo, titular de um direito a algo, e o outro onerado por um dever de abstenção (relação simples), como pode resultar da conjugação de uma liberdade, de um direito a algo e de uma competência e correlativas posições jurídicas passivas ou normativamente desvantajosas (relação complexa). Exemplo de uma relação fundamental complexa é a que é inerente ao direito dos pais a educarem os seus filhos (artigo 36º, n.º 5, CRP), o qual se desdobra num poder ou competência de decidir o tipo de educação, num direito a acções positivas e num direito a acções negativas do Estado e de terceiros. (...) A estrutura complexa das relações jurídicas fundamentais tornará essencial o discernimento de qual a posição jurídica *nuclear* e qual ou quais as posições jurídicas *periféricas*: haverá direitos fundamentais (igual a relações jurídicas fundamentais) cujo núcleo mais central seja constituído por uma liberdade; haverá outros cujo núcleo mais irreduzível seja constituído por um direito a algo. Esta estratégia de aproximação estrutural pode, aliás, ser metodicamente decisiva na dilucidação do que é “o núcleo essencial” de cada direito fundamental para efeito do juízo sobre a validade constitucional de restrições legislativas que este possa sofrer”. Cf. Vitalino Canas, “Relação Jurídico-Pública”, separata do vol. II do **Dicionário Jurídico da Administração Pública**, Lisboa, 1996, pp. 226-227.

<sup>504</sup> Henry Shue apresenta uma postura crítica com relação à dicotomia simplista (direitos e deveres positivos *versus* direitos e deveres negativos) e desconstrói esta separação estanque normalmente conferida aos direitos



da perspectiva, podemos também vislumbrar uma faceta de deveres estatais positivos nesta norma, já que os poderes constituídos também podem assumir posturas pró-ativas para que este comando seja respeitado. Neste sentido, podemos pensar no dever do legislador de editar normas legais que venham a estabelecer em que casos e em que termos a separação entre pais e filhos poderá ocorrer, quando será admissível uma intervenção estatal neste tipo de relação familiar e que tipo de decisão judicial poderá autorizar tal providência, dever este do qual se incumbiu, aliás, a LPCJP e o RJPA. Todavia, se analisarmos as normas dos n.º 1 e 2 do artigo 69º da CRP, a conclusão tende a não ser a mesma. Afinal, a qual tipo de especial proteção do Estado o legislador constituinte se referiu no n.º 2 do artigo 69º, quando fez menção às crianças órfãs, abandonadas ou privadas de um ambiente familiar normal? Qual seria o exato dever estatal correspondente à proteção mencionada? Apesar de o legislador constituinte ter deixado esta questão em aberto, a baixa densidade normativa desta norma não equivale a dizer que não haja um conteúdo mínimo a ser respeitado pelos poderes constituídos. A partir do momento em que o próprio artigo 69º, n.º 1 da CRP relaciona a proteção da infância com o direito ao desenvolvimento da personalidade (por sua vez, um direito de liberdade consagrado no artigo 26º, n.º 1 da CRP) deste grupo de pessoas, e atribui expressamente ao Estado o dever de protegê-las contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão geradas pelo exercício abusivo da autoridade no âmbito da família e das instituições, não podemos abrir mão de um “mínimo garantidor da tutela concreta do direito ao desenvolvimento da personalidade”<sup>505</sup>, pelo que não devem ser admitidas, na prática, situações em que haja negativa deste tipo de proteção.

Nesta altura, já tendo exposto o nosso entendimento acerca da pouca relevância prática de um enquadramento exato e estanque da convivência familiar na sistemática adotada pela

---

fundamentais. Dentre os exemplos citados pelo autor, sobretudo na realidade norte-americana, figura o direito à segurança, que envolve uma série de ações coordenadas e o estabelecimento de “programas positivos” para reduzir os níveis de criminalidade e garantir a segurança das pessoas, tais como, força policial, tribunais criminais, construção e aparelhamento de penitenciárias, escolas de treinamento policial e os respectivos impostos para subsidiar todo este aparato, razão pela qual o autor conclui que o direito à segurança também apresentaria uma dimensão positiva. Tal assertiva corrobora a complexidade e as diversas dimensões que podem estar presentes em um mesmo direito fundamental. Cf. Henry Shue, **Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy**, 2ª ed., Princeton: Princeton University Press, 1996.

<sup>505</sup> A expressão é de Dinamene de Freitas. A autora traça este mesmo raciocínio com relação ao direito à educação, na sua vertente de acesso à escolaridade básica, ao defender que este é um exemplo de posição jurídico-prestacional que pode ser enquadrada na categoria de igual densidade jurídico-subjectiva dos direitos de defesa. Cf. Dinamene de Freitas, **O Acto Administrativo Inconstitucional. Delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 136.

CRP, por questões académicas, exporemos brevemente a nossa conclusão quanto a este aspecto, o que, aliás, já fora levado a efeito em outra oportunidade<sup>506</sup>.

A partir do momento em que o enquadramento jusfundamental do direito do qual estamos a tratar é uma conclusão oriunda da conjugação sistemática de diversos dispositivos constitucionais diluídos pelos Títulos II e III da Carta Magna Portuguesa, não podemos olvidar que o legislador constituinte português optou pela existência de outros direitos fundamentais com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias dispersos no Título III da CRP, bem como em outros lugares do texto constitucional, o que seria um traço da necessidade de “relativização da sistemática constitucional”<sup>507</sup> atualmente adotada. Como já desenvolvemos no capítulo 2, a família e, por consequência, a convivência familiar é um elemento essencial e, portanto, instrumental para viabilizar o desenvolvimento da personalidade, sobretudo de crianças e adolescentes, sendo que este direito foi expressamente erigido pela CRP ao *status* de um direito pessoal (direitos, liberdades e garantias)<sup>508</sup>. Para além disto, a própria família, ao lado do casamento e da filiação, figura como um direito de liberdade na CRP. Ainda que com enfoques diversos, o instituto da família está duplamente consagrado em títulos diferentes da

---

<sup>506</sup> A conclusão ora exposta já fora outrora abordada por ocasião da apresentação de Relatório inédito à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina de Direitos Fundamentais. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, pp. 38-39.

<sup>507</sup> Neste sentido, cf. Dinamene de Freitas, **O Acto Administrativo Inconstitucional. Delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 119.

<sup>508</sup> Neste mesmo sentido, Jorge Miranda advoga a natureza de um direito análogo para a norma do artigo 69º, n.º 1 da CRP. Neste sentido, Cf. Jorge Miranda, “Introdução ao Direito da Educação: Direito Português e Direito Brasileiro”, in **Revista Eletrônica de Direito Público**, vol. 1, n.º 2, junho de 2014, p. 13. Sobre a norma citada, o autor afirma: “(...) no título de direitos económicos, sociais e culturais encontram-se outros preceitos que completam o estatuído no título de direitos, liberdades e garantias: (...) No art. 69º, n.º 1, sobre o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”. Julgamos pertinente esclarecer que, no que se refere ao regime a ser adotado no caso dos direitos análogos, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que tal regime é idêntico ao destinado aos direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, v. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, 19ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 405. Em sentido diverso, apontando a existência de uma tênue distinção entre o regime dos direitos, liberdades e garantias e o regime dos direitos de natureza análoga, que residiria na reserva de competência legislativa da Assembleia da República prevista no artigo 165º, n.º 1, alínea “b” da CRP, aplicável somente aos direitos, liberdades e garantias, cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 300-302. O autor pontua que, ao estipular que o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos fundamentais de natureza análoga, o legislador constituinte referiu-se ao regime material e aos limites materiais de revisão constitucional, mas não às regras de competência legislativa, hipótese em que há necessidade de distinção entre algumas situações.

Carta Magna Portuguesa (art. 36º e 67º) sem que isto altere a sua natureza análoga a um direito, liberdade e garantia.

Como se não bastasse, o legislador constituinte também optou por sistematizar como um direito de liberdade a norma constitucional mais representativa de uma vertente do direito à convivência familiar, qual seja, aquela que prega a inseparabilidade entre pais e filhos (art. 36, n.º 6 da CRP), assim como o fez com um dos principais instrumentos para assegurar a convivência familiar, a adoção (art. 36º, n.º 7 da CRP). Portanto, o fato de as normas dos artigos 67º e 69º, que também tangenciam a convivência familiar, estarem disciplinadas no Título destinado aos direitos econômicos, sociais e culturais em nada altera a aproximação estrutural da convivência familiar com os direitos, liberdades e garantias, nos moldes do disposto no artigo 17 da CRP. Portanto, nesta linha de raciocínio, temos que, na sistemática ditada pela CRP, o direito à convivência familiar deve ser entendido como um direito análogo, nos moldes do preceito estatuído pelo artigo 17º.

#### 4.6.2 O enquadramento da convivência familiar na CRFB como direito fundamental

Em razão do seu caráter “dirigente e compromissário”<sup>509</sup>, a CRFB de 1988 ostenta um extenso rol de direitos fundamentais expressamente consagrados. Diferentemente da CRP, o legislador constituinte brasileiro optou por sistematizar de maneira isonômica os direitos fundamentais, concentrando esta gama de direitos no Título II da Carta Magna, que, por sua vez, é considerado pela doutrina o catálogo<sup>510</sup> dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Seria então o enquadramento jusfundamental da convivência familiar no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro uma construção oriunda de uma análise sistemática de diversas normas constitucionais, em conjunto com normas legais, a exemplo do que ocorre no ordenamento jurídico português, ou uma previsão expressa? O legislador constituinte não deixou margem para qualquer dúvida acerca da natureza da convivência familiar, ao consagrá-la expressamente como um direito fundamental, no seu artigo 227, *caput*,

<sup>509</sup> Sobre a feição promotora e transformadora da CRFB de 1988, como produto do surgimento da concepção de Estado Democrático de Direito, em contraponto à feição meramente ordenadora, própria do Estado liberal-individualista, Cf. Lenio Luiz Streck/ Luciano Feldens, **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 36.

<sup>510</sup> Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que a expressão “catálogo” é aqui empregada para designar o rol dos direitos e garantias fundamentais localizados em todos os capítulos do Título II da CRFB. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 116.

estabelecendo que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária”. Como já salientado no início deste capítulo, ainda que o artigo 227, *caput* não esteja inserido no catálogo dos direitos fundamentais da Carta Magna brasileira, em razão do seu conteúdo, consubstancia-se em um direito fundamental disperso no texto constitucional<sup>511</sup>, ajustando-se ao conceito materialmente aberto de direitos fundamentais<sup>512</sup> e, conseqüentemente, comungando do mesmo regime jurídico dos direitos do catálogo. Isto porque, na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados “concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>513</sup> e, a partir do momento em que a convivência familiar é uma exigência lógica para viabilizar o desenvolvimento da personalidade, sobretudo de crianças e adolescentes, com impacto direto na dignidade deste grupo de pessoas, resta clara a fundamentalidade deste direito, quando levamos em conta o seu conteúdo. Para além do artigo 227, *caput*, da CRFB, podemos citar outros dispositivos constitucionais que nos remetem, embora de forma não tão categórica, à convivência familiar, como é o caso do 226, *caput*, que situa a família como base da sociedade e determina a sua especial proteção por parte do Estado, bem como o artigo 229, que estabelece o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, criando um necessário vínculo de convivência entre estes dois pólos. Como se não bastasse, a CRFB, em seu artigo 6º, incluiu a proteção à infância como um direito social, cuja fundamentalidade é também inegável. Destarte, ainda que não houvesse uma norma constitucional específica, alçando expressamente a convivência familiar ao patamar de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, tal como ocorre no artigo 227, *caput*, chegasse-se à idêntica conclusão através de uma análise coordenada destes demais dispositivos constitucionais citados.

Para completar o nosso percurso argumentativo relativamente ao enquadramento jusfundamental da convivência familiar no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, apresentamos mais duas razões para corroborar esta afirmação. A primeira delas tem a ver com

---

<sup>511</sup> Sobre os “direitos fundamentais dispersos”, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que, notadamente no âmbito dos direitos sociais, podemos destacar na CRFB alguns exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional, dentre eles, o direito à proteção das crianças e dos adolescentes (art.227), ainda que tais direitos não sejam todos idênticos no que se refere à sua técnica de positivação e eficácia. Neste sentido, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 119.

<sup>512</sup> Cf. *ibidem*, pp. 118-119.

<sup>513</sup> Comungamos do entendimento defendido por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem ser considerados “concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Cf. *ibidem*, p. 106.

o fato de que o § 2º do artigo 5º da CRFB permite a existência de direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, bem como do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna<sup>514</sup>. Partindo de tal premissa, como já tivemos a oportunidade de frisar neste trabalho, não podemos olvidar que a CDC de 1989, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, em diversas de suas passagens, posiciona a convivência familiar, indubitavelmente, como um direito fundamental. E, como se não bastasse, a lei n.º 8.069/90 (ECA) também elenca um catálogo de direitos fundamentais à população infantojuvenil, em seu Título II, dentre eles, a convivência familiar e comunitária, especificamente no capítulo III (artigos 19 a 52-D). Quanto à positivação da convivência familiar no ECA, entendemos pertinente apenas um breve esclarecimento para que não haja dúvida acerca dos nossos argumentos. Ao contrário do que ocorre no artigo 16, n.º 1 da CRP, o § 2º do artigo 5º da CRFB não admite expressamente a existência de “direitos fundamentais legais”, de modo que a doutrina brasileira<sup>515</sup> posiciona-se, predominantemente, pela inadmissibilidade de direitos materialmente fundamentais advindos de legislação infraconstitucional. Contudo, isto não quer dizer que o legislador infraconstitucional não possa desempenhar a função de explicitar e concretizar direitos fundamentais positivados na Constituição, mediante ato legislativo<sup>516</sup>. Portanto, ao sistematizar a convivência familiar como direito fundamental no corpo do ECA, o legislador ordinário não criou um direito fundamental via legal, mas tão somente corroborou a sua importância no contexto jurídico-constitucional pátrio, concretizando e explicitando o que já era assente na Carta Magna e na CDC.

---

<sup>514</sup> Neste sentido, entendemos que o art. 5º, parágrafo 2º da CRFB abarca a CDC, eis que, para tal efeito, adotamos o entendimento de parte da doutrina brasileira no sentido de que o conceito utilizado pelo constituinte (tratados internacionais) engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, sendo os “tratados” gênero em relação ao qual as convenções e os pactos são espécies. Neste sentido, Ingo W. Sarlet arremata: “Ainda que assim não fosse, deveríamos ter em mente que, por força de uma interpretação cingida à letra fria do texto, teriam de ser desconsiderados os direitos fundamentais previstos nos Pactos Internacionais da ONU sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), apenas para citar alguns dos mais relevantes e mais próximos de nós nesta matéria. Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais consagradores dos direitos humanos não se enquadram de acordo com o critério único de sua denominação- na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servirem de fonte para direitos materialmente fundamentais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do art. 5º, parágrafo 2º, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos”. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 120-121.

<sup>515</sup> Por todos, cf. *idem, ibidem*, p. 89.

<sup>516</sup> Com este entendimento, relativo ao papel atribuído ao legislador ordinário no sentido de “concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição”, sobretudo, tornando as normas de cunho programático diretamente aplicáveis, cf. *idem, ibidem*, p. 89.

Por tais razões, seja por estar plasmado nos denominados direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, como por ter sido consagrado na CDC, o direito à convivência familiar é “duplamente fundamentado”<sup>517</sup> no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Portanto, como outrora sustentamos, em ambos os ordenamentos abordados, a natureza jurídica da convivência familiar está ligada ao direito fundamental titularizado por todas as crianças e adolescentes, independentemente de quaisquer características sobre as quais não tenham ingerência (tais como, a sua origem, religião, sexo, raça, classe social), de fazerem parte de uma família, devendo o exercício de tal direito ocorrer preferencialmente junto ao núcleo familiar de origem, desde que tal núcleo seja capaz de assegurar os elementos necessários para o pleno desenvolvimento de suas personalidades, ou, excepcionalmente, no âmbito da família extensa, ou, de forma ainda mais excepcional, junto a uma família substituta, direito este que se afigura indispensável para o desenvolvimento pleno e saudável de toda a população infantojuvenil<sup>518</sup>.

#### **4.7 Os principais desdobramentos/consequências do enquadramento jusfundamental da convivência familiar nos ordenamentos jurídicos abordados**

Como indagamos no início deste trabalho, qual seria exatamente a eficácia ou a relevância prática do enquadramento jusfundamental da convivência familiar em ambos os ordenamentos jurídicos perscrutados? Enquadrar a convivência familiar no rol de direitos

---

<sup>517</sup> Sobre a expressão “duplamente fundamentados”, cf. Tânia da Silva Pereira/Carolina de Campos Melo, “Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais consolidados na Constituição de 1988”, in **Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)**, Vol. 6, número 23, Rio de Janeiro, 2003, pp. 257-258.

<sup>518</sup> Este esboço conceitual ora complementado fora por nós desenvolvido anteriormente, de forma embrionária, quando da apresentação do Relatório inédito à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no Mestrado em Ciências Jurídico-políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018, pp. 40-41. Nesta toada, ressaltamos também a pertinência das reflexões da lavra de Marcelo de Mello Vieira, para quem o direito à convivência familiar deve ser entendido como um “direito de toda população infanto-juvenil, independentemente de origem, etnia ou classe social (princípio da não discriminação) à formação e manutenção de vínculos, buscando assegurar que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família, o que não se resume a ter os nomes dos genitores na certidão de nascimento. É fazer com que elas sintam que pertencem àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, sendo, também, respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua autonomia (princípios da participação e da autonomia progressiva). É, ainda, o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, mantendo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança. Excepcionalmente, a inserção em família substituta poderá ocorrer quando tal medida for necessária para a garantia da integridade biopsíquica e ao desenvolvimento sadio da personalidade e da autonomia (princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento e do melhor interesse)”. Cf. Marcelo de Mello Vieira, **Direito de Crianças e de Adolescentes**, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 103.

fundamentais tão somente por questões acadêmicas ou para conferir uma importância desprovida de consequências jurídicas práticas seria algo despiciendo. O enquadramento mencionado, ao revés, traz algumas consequências que nos permitem explorar as potencialidades deste direito para atingir o seu real desiderato, qual seja, proporcionar a todas as crianças e adolescentes uma família em condições de lhes garantir um ambiente harmônico e saudável para o seu pleno desenvolvimento. Sabemos que uma destas consequências reside no grau de supremacia<sup>519</sup> que o enquadramento jusfundamental confere à convivência familiar quando comparada a outros direitos. A par disto, a natureza jusfundamental acarreta a vinculação<sup>520</sup> de entidades públicas e privadas a todas as normas que preconizam tal direito, bem assim a aplicabilidade imediata<sup>521</sup> ou direta<sup>522</sup> destas normas, além da proteção decorrente dos limites materiais de revisão constitucional. Contudo, consideramos pouco produtivo discorrer genericamente acerca de cada uma destas consequências e as inúmeras controvérsias doutrinárias que suscitam, uma vez que diversos manuais relativos a Direitos Fundamentais já se ocupam deste tema, com a maestria que não poderíamos aqui alcançar. Portanto, consideramos mais interessante fazer uma articulação entre estes efeitos oriundos do enquadramento jusfundamental com algumas normas relacionadas à convivência familiar.

Inicialmente, tomemos como exemplo uma das normas mais representativas da convivência familiar na CRP, qual seja, aquela prevista no artigo 36º, n.º 6. Quando o legislador constituinte estabeleceu que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não

---

<sup>519</sup> Sobre a sujeição dos direitos fundamentais a um regime constitucional próprio e fortalecido, cf. Daniel Sarmento, **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**, 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 84. Em razão da maneira não unitária adotada pela CRP para sistematizar os direitos fundamentais em seu texto, José Joaquim Gomes Canotilho, a seu turno, ressalta a existência de um “regime de direitos qualificado ou de garantias reforçadas” direcionado aos direitos, liberdades e garantias. Contudo, o autor cuida de esclarecer que tal regime não envolve uma relação de exclusão, tampouco equivale à redução do regime geral dos direitos fundamentais a uma disciplina jurídica mais fraca, mas tão somente tem por fim definir um regime que seja capaz de traduzir a natureza daqueles direitos. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003, pp. 415-416.

<sup>520</sup> O art. 18, n.º 1 da CRP é expresso quanto à vinculação das entidades públicas e privadas aos preceitos constitucionais que versam sobre os direitos, liberdades e garantias. Por sua vez, embora o legislador constituinte brasileiro tenha restado silente quanto a esta vinculação, optando por se referir somente à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, em seu art. 5º, § 1º, alinhamo-nos àqueles que defendem que tal silêncio não autoriza uma interpretação em sentido contrário, no ordenamento jurídico brasileiro. Na defesa deste argumento, por todos, cf. Ingo Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 383-384. A seu turno, o artigo 4º da CDC, ratificada pelo Brasil, corrobora a vinculação dos Estados Partes e seus respectivos entes públicos (Legislador, Administração Pública e Julgador) aos direitos reconhecidos pela Convenção, dentre eles, a convivência familiar.

<sup>521</sup> V. art. 5º, § 1º da CRFB.

<sup>522</sup> V. art. 18º, n.º 1 da CRP.

cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial, para além de ter vinculado todas as entidades públicas e privadas a este comando, também atribuiu aplicabilidade direta a este preceito, o que significa que ele é prontamente exigível pela aplicação direta do texto constitucional e produz os seus efeitos, independentemente de interposição legislativa infraconstitucional. Embora não seja o único, este dispositivo é um dos que mais se destacam no conjunto de normas constitucionais que versam sobre a convivência familiar na CRP. Esta garantia de não privação dos filhos (e dos pais), portanto, não se limita a uma simples norma programática, já que se consubstancia em um direito subjetivo não só dos filhos, mas também dos pais<sup>523</sup>, a depender do enfoque que conferirmos a tal direito. A seu turno, na Constituição brasileira, embora o artigo 227, *caput* não tenha densificado ou conceituado a convivência familiar, devemos concluir no mesmo sentido do disposto no artigo 36, § 6º da CRP, posto que é necessária a existência de uma justificação muito relevante para privar genitores e filhos deste convívio inter-geracional. Tal conclusão pode ser extraída também de algumas passagens do ECA, como o artigo 23, *caput*, que prega a imprestabilidade da falta ou da carência de recursos materiais como motivo relevante para limitar ou obstar o convívio familiar entre pais e filhos, por meio da perda ou suspensão do poder familiar. Tamanha é a força normativa da convivência familiar que nem mesmo uma eventual condenação criminal dos genitores acarretará a destituição do poder familiar, exceto se a condenação tiver sido motivada por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outro titular do mesmo poder familiar, contra os filhos ou contra outros descendentes (artigo 23, § 2º do ECA). É também a natureza jusfundamental da convivência familiar (e a consequente vinculação de todos os poderes públicos) que reclama a necessidade de sentença judicial em processo no qual seja assegurado o contraditório aos genitores, nos casos de suspensão ou perda do poder familiar (art. 24 do ECA), bem como a preferência legal pela opção de não separação de grupos de irmãos (art. 28, § 4º do ECA).

A norma da CRP que prega a inseparabilidade entre pais e filhos também tem impacto direto no modelo legal de exercício das responsabilidades parentais nos casos em que os genitores jamais viveram juntos ou que tenham rompido a sua união. Como teremos a oportunidade de ver mais detidamente no capítulo 6, nestes casos, a regra vigente no

---

<sup>523</sup> No sentido da garantia de não privação dos filhos (art. 36º, n.º 6 da CRP) como também um direito subjetivo a favor dos pais, cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566.



ordenamento jurídico português é a do artigo 1906º do Código Civil<sup>524</sup>, que atribui as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho a ambos os genitores, a exemplo do que ocorria na vigência da união dos pais.

Em razão da necessidade de atendimento ao mandamento constitucional de isonomia entre os genitores e, principalmente, ao direito fundamental à convivência familiar titularizado pelos filhos, o legislador português superou a regra anterior<sup>525</sup> do exercício unilateral das responsabilidades parentais e estabeleceu como regra o exercício conjunto<sup>526</sup>, independentemente de acordo dos genitores, assim como o legislador brasileiro estabeleceu como regra a guarda compartilhada (art. 1584, § 2º do CCB). Com isto, o legislador português quis dizer que ambos os genitores devem decidir em conjunto as questões de particular importância na vida do filho e, no que se refere aos atos da vida quotidiana, o exercício das responsabilidades parentais incumbe ao genitor com quem o filho reside habitualmente. Todavia, apesar do esforço do legislador para atender aos preceitos constitucionais citados, ainda podemos detectar reminiscências de uma situação que continua a ir de encontro ao direito fundamental ora tratado. É que, quando o artigo 1906, n.º 3 e n.º 5 do Código Civil Português prega que o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho e a definição das orientações educativas mais relevantes cabe ao genitor com quem ele reside habitualmente, bem como que caberá ao tribunal decidir com quem o filho residirá, tal disposição legal não deixa de contrariar, ainda que indiretamente, o preceito constitucional da convivência familiar. E a problemática principal não tem a ver apenas com a quebra da isonomia entre os genitores, mas, sobretudo, com a inobservância do direito à convivência familiar, sob a perspectiva dos filhos. Isto porque quando o tribunal se depara com casos de violência doméstica ou com outros tipos de violência no contexto familiar, como maus tratos ou abuso

---

524 Art. 1906º, n.º 1 do Código Civil português: 1 - As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

<sup>525</sup> Referimo-nos ao cenário existente antes da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, em que a regra então vigente era a de que o exercício das responsabilidades parentais cabia unicamente a um dos genitores. O exercício conjunto era cabível se houvesse acordo entre eles e desde que devidamente homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público.

<sup>526</sup> Jorge Duarte Pinheiro propõe uma adequação terminológica, ao afirmar que, nos casos em que os genitores não vivem juntos, o exercício comum das responsabilidades parentais, na verdade, é mitigado, na medida em não é exercido de modo pleno, distinguindo-se, pois, das hipóteses em que os genitores vivem juntos. De acordo com o autor, isto ocorre porque o modelo atual imposto aos genitores que não vivem juntos acarreta uma situação desigual, já que o genitor com quem o filho reside habitualmente detém a maior parcela temporal do poder de decisão em atos da vida corrente do filho. Cf. Jorge Duarte, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 242.

sexual, a tarefa de definir a residência da criança é sinalizada de forma mais clara, apontando-se, normalmente, para a residência com o outro genitor a quem denominaremos aqui de “não transgressor”. Todavia, fora deste contexto de violência familiar, há situações em que a tarefa de definir a residência da criança com um dos pais é muito árdua e pode desaguar em uma solução injusta<sup>527</sup>. Se, à partida, ambos os genitores são dedicados, exercem as responsabilidades parentais com zelo, não criam embaraços às relações habituais e aos contatos do filho com o outro genitor, como escolher um deles para definir a residência habitual do filho? Como partir do pressuposto de que um genitor terá melhores condições para cuidar habitualmente do filho do que o outro, se ambos manifestam habilidades idênticas neste aspecto? Assim, nestas circunstâncias, não há como o tribunal fixar seguramente a residência com um dos genitores sem ferir de alguma forma o direito que o filho possui de conviver com o genitor aliado.

Por tal razão, alguns autores defendem que o legislador português deveria ter optado pelo “modelo de exercício unilateral alternado com repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos genitores”, ao argumento de que tal arranjo seria um contributo para a garantia da igualdade entre os genitores e para a criação de uma cultura autêntica de partilha de responsabilidades entre eles<sup>528</sup>. Embora concordemos com tal afirmação em termos, ressalvamos apenas que esta opção pela divisão igualitária do tempo de convívio entre os genitores deveria ser fulcrada no interesse do filho (e, consequentemente, no melhor interesse da criança) de conviver harmoniosamente com ambos os genitores como um contributo para o desenvolvimento de sua personalidade e não na igualdade entre os genitores, sob a perspectiva dos interesses destes. De todo modo, neste momento, não nos aprofundaremos neste tocante, já que o tema será melhor explorado no capítulo 6.

Da mesma forma, atualmente, caso alguma lei viesse a modificar o disposto no artigo 1981º n.º 1 e 2 do Código Civil Português, para passar a permitir a adoção de crianças independentemente do consentimento dos pais ou independentemente de uma medida de promoção e proteção de confiança com vista à adoção, ou, ainda, independentemente do trânsito

---

<sup>527</sup> Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro reflete que o modelo de exercício conjunto mitigado adotado pelo legislador português onera especialmente um dos genitores, de modo que a opção pelo modelo de exercício unilateral alternado seria uma tentativa de dar à criança dois pais, ao invés de apenas um ou de um e meio, na medida em que a opção legal vigente pode vir a diminuir ou até mesmo anular a posição de um dos pais. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 242-243.

<sup>528</sup> Com este entendimento, *idem, ibidem*, pp. 242-243.

em julgado da sentença de inibição do exercício das responsabilidades parentais, tal previsão legal também seria inconstitucional, na medida em que contrária a toda a estrutura do direito fundamental à convivência familiar. Isto porque, caso o legislador criasse uma lei em tal sentido, estaria a se afastar da vinculação ao direito fundamental ora tratado, sobretudo em razão do disposto no artigo 36, § 6º da CRP. E não é só. Nem mesmo uma alteração da própria Constituição neste domínio seria permitida, eis que nenhuma lei de revisão constitucional poderia alterar o disposto no artigo 36, § 6º da CRP em razão dos limites materiais de revisão constitucional oriundos do preceito estatuído no artigo 288, alínea “d” da Carta Magna Portuguesa, de modo que, ainda que indiretamente, uma lei que passasse a dispensar aquelas exigências mencionadas estaria a afrontar uma cláusula pétrea. Da mesma forma, uma eventual lei de revisão constitucional que pretendesse retirar a previsão do instituto da adoção do texto constitucional português também iria de encontro aos limites materiais de revisão constitucional.

No contexto brasileiro, ainda que em termos de *lege ferenda*, podemos citar como exemplo de norma que afronta o direito fundamental à convivência familiar um instituto que tem suscitado calorosos debates no âmbito da adoção. Trata-se da eventual aprovação do instituto da adoção *intuitu personae*<sup>529</sup>, através de uma possível entrada em vigor do projeto de lei n.º 369/2016<sup>530</sup>. Explicaremos o nosso percurso argumentativo. Embora possa não ser tão perceptível em um primeiro momento, defendemos que a adoção *intuitu personae* afeta o direito à convivência familiar, na medida em que subverte todo o sistema cuidadosamente elaborado pelo ECA para dar segurança a crianças e adolescentes, assegurando a cada um deles uma família para sempre. A natureza jusfundamental da convivência familiar vincula e afeta diretamente a atuação dos poderes públicos, de modo que o legislador, a administração pública e os julgadores estão adstritos à observância imediata deste direito, cujas normas independem de interposição legislativa para produzirem os seus efeitos. A seguir este raciocínio no domínio da adoção, todos os poderes públicos estão consorciados no dever de assegurar a convivência familiar à população infantojuvenil, através de uma sistemática própria. Isto equivale a dizer que, em razão do mandamento constitucional, o legislador criou uma macro-estrutura da qual

---

<sup>529</sup> Esta forma de adoção consiste na entrega direta da criança pelos genitores a uma pessoa determinada, para fins de adoção, independentemente da inscrição desta pessoa no cadastro de adoção ou sem a observância da ordem cronológica deste cadastro.

<sup>530</sup> O Projeto de lei do Senado n.º 369 de 2016 altera o ECA para dispor sobre a adoção *intuitu personae*, acrescentando mais um inciso ao § 13º do artigo 50 do Estatuto, que é o dispositivo legal que trata das hipóteses excepcionais de adoção fora do cadastro nacional, bem como acrescenta os parágrafos 14º e 15º ao mesmo artigo.

não se pode prescindir, a não ser em situações excepcionalíssimas e no estrito atendimento do interesse da criança.

Foi exatamente por força desta vinculação que o legislador brasileiro tratou de elaborar leis que proporcionam segurança jurídica não só aos adotandos, mas também àqueles que pretendem adotar, como podemos observar na lei n.º 12.010/09, que incluiu o artigo 50 e os seus parágrafos no ECA, criando toda uma sistemática para assegurar que aqueles que têm como meta o projeto adotivo sejam adequadamente avaliados de forma a perquirir se as suas intenções coadunam-se com o propósito de proporcionar uma verdadeira família para determinada criança ou adolescente e se apresentam reais condições para tal. É importante salientar que, a exemplo do artigo 10º do RJPA, que trata das listas de adoção, o artigo 50, *caput* e § 5º do ECA trata da exigência de um cadastro de adoção, que contempla as pessoas que desejam adotar e aquelas crianças e adolescentes em condições jurídicas de serem adotados<sup>531</sup>. A seu turno, os parágrafos do referido dispositivo tratam do procedimento a ser seguido para a habilitação à adoção, com uma aferição anterior e de índole técnica dos candidatos à adoção<sup>532</sup>. Por sua vez, o § 13º trata das situações excepcionais em que as adoções podem ser deferidas a pessoas domiciliadas no Brasil e não cadastradas previamente no cadastro nacional. E, se o legislador, democraticamente eleito, assim entendeu, não pode o julgador (a quem incumbe a palavra final em termos de adoção) agir de modo diverso, sob pena de subverter toda a engrenagem criada. Destarte, ao permitir que a adoção se dê fora deste núcleo seguro, vale dizer, fora do sistema cuidadosamente esquematizado pelo legislador para garantir uma verdadeira convivência familiar aos titulares deste direito, estar-se-ia afrontando uma norma de direito fundamental. A partir do momento em que se entrega uma criança diretamente a uma pessoa determinada, sem que esta esteja devidamente habilitada (o que significa que não passou pelo crivo técnico), rompe-se, concomitantemente, a regra que determina a vinculação dos poderes públicos às normas de direitos fundamentais, bem assim afronta-se uma cláusula pétrea. Por tais razões, é forçoso reconhecer que, caso entre em vigor, esta lei poderá ser

---

<sup>531</sup> Em Portugal, o RJPA define a adotabilidade como “a situação jurídica da criança beneficiária de uma decisão judicial ou administrativa de confiança com vista à adoção”, nos termos do disposto no artigo 2º, alínea c da Lei n.º 143/2015 (RJPA). No Brasil, são considerados disponíveis para adoção crianças e adolescentes cujos pais sejam falecidos, desconhecidos, tenham manifestado o seu consentimento para a adoção ou tenham sido destituídos do poder familiar, nos moldes do artigo 45 e § 1º do ECA.

<sup>532</sup> O art. 50, § 3º do ECA estabelece que a inscrição de candidatos à adoção será precedida por um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude justamente para conferir segurança ao projeto adotivo, aferindo as intenções e as condições dos habilitados, de modo a prepará-los para tal fim.

considerada inconstitucional, na medida em que afronta uma norma de direito fundamental, qual seja, a que prega o direito à convivência familiar.

E assim entendemos por diversas razões. Em primeiro lugar, porque uma eventual lei neste sentido estaria a privilegiar o interesse e a vontade dos genitores, em detrimento do interesse do seu filho, subvertendo todo o progresso histórico duramente conquistado ao longo do tempo para que a criança fosse finalmente percebida como sujeito de direitos e não mais como um mero objeto de proteção, ao alvedrio de seus genitores ou de terceiros. Em segundo lugar, porque uma lei neste sentido não seria capaz de solucionar o problema social subjacente, qual seja, o elevado número de crianças e adolescentes acolhidos<sup>533</sup>, posto que a *adoção intuitu personae*, a toda evidência, envolve crianças de tenra idade e, como sabemos, a maioria dos acolhidos em instituições é de crianças mais velhas. A par disto, haveria uma grande perda em termos futuros, já que o esvaziamento dos cadastros de adoção e de toda a confiança nele outrora depositada seria uma consequência inevitável, de modo que todas as crianças e adolescentes que aguardam uma adoção e, por consequência, anseiam por ver atendido o seu direito fundamental à convivência familiar, estariam a ser alijados deste direito, ainda que indiretamente, já que haveria um menor número de interessados a transitar neste ambiente seguro no domínio da adoção. Para além disto, estar-se-ia a criar um ambiente propício a fraudes e, quiçá, ao comércio ilícito de crianças, colocando em risco toda a segura estrutura montada. Assim, concluímos que todos os poderes públicos têm o compromisso de manter em funcionamento esta macro-estrutura destinada a viabilizar a adoção e, por conseguinte, a convivência familiar a crianças e adolescentes. De nada adianta que o legislador desempenhe o seu dever constitucional neste tocante se os juízes, os tribunais e a administração pública não fizerem o mesmo, sob pena de comprometimento de toda a sistemática, pelo que concluímos no sentido da necessidade de vinculação de todos os poderes constituídos ao direito fundamental tratado, com o mesmo rigor, cada qual em sua esfera de atuação.

A toda evidência, não estamos a defender que crianças ou adolescentes que estejam plenamente adaptados e vinculados afetivamente a adotantes alheios ao cadastro nacional (ou, ainda que cadastrados, fora da ordem cronológica exigida dentro de determinado perfil) sejam

---

<sup>533</sup> A justificação do Projeto de lei n.º 369 de 2016 faz referência ao fato de que, embora tal modalidade de adoção não seja expressamente permitida, também não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não há óbice para que os genitores escolham quem serão os pais do seu filho. A justificação menciona também algumas decisões de tribunais brasileiros, sobretudo do STJ, que privilegiam tal tipo de adoção em detrimento do cadastro nacional, quando houver prova do vínculo afetivo entre adotantes e adotando.

retirados abruptamente e a todo custo deste núcleo familiar e das suas únicas referências de amor e de cuidado. Aliás, o princípio do melhor interesse da criança não permite aos juízes e tribunais agirem de tal forma. Contudo, na maioria das vezes, os julgadores deparam-se com casos desta natureza quando os vínculos afetivos já estão consolidados e quando não resta alternativa a não ser permitir a consolidação de uma situação fática que se iniciou à margem da lei. Mas, tal situação difere de uma prévia chancela legal ou de uma chancela judicial de tais hipóteses excepcionais. O que entendemos é que a lei não pode, de antemão, sob pena de ferir o direito fundamental à convivência familiar, aprovar como regra uma situação que deveria ser reservada a hipóteses excepcionalíssimas e, a depender da análise do caso concreto de cada criança envolvida. Ora, se a análise da pertinência das adoções pleiteadas por pessoas que não integram propriamente o cadastro nacional já é conduzida, casuisticamente, por juízes e tribunais de todo o país, não vemos a necessidade de uma alteração legislativa para aprovar formalmente uma hipótese excepcional<sup>534</sup>.

Por outro lado, é importante destacar, ainda, que o caráter jusfundamental da convivência familiar pode invocar a possibilidade de flexibilização de algumas normas processuais atreladas a tal direito. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 50, § 15º do ECA. Tal dispositivo legal assegura prioridade no cadastro de adoção a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos. Este é um exemplo em que a flexibilização de uma norma processual em prol do direito fundamental à convivência familiar já foi considerada expressamente pelo legislador, na medida em que o dispositivo torna menos rígida a norma processual que exige a estrita observância da ordem cronológica dos habilitados à adoção, em razão da necessidade de garantir o comando constitucional de convivência familiar a determinado grupo de crianças e adolescentes cuja inserção em família substituta tende a ser mais difícil. Portanto, para viabilizar tal inserção, criou-se um comando de prioridade a candidatos que pretendam adotar tais crianças. Contudo, deveríamos ir além e refletir acerca de outras possibilidades de flexibilização de regras processuais para o mesmo fim, ou seja, nos casos de adotandos com remotas chances de inserção em família substituta, ainda que em hipóteses não expressamente contempladas pelo legislador, tais como, a habilitação *a posteriori*

---

<sup>534</sup> Esta ideia fora por nós defendida quando da apresentação do Relatório inédito de Teoria Geral do Direito. Cf. Juliane Mósso Beyruth de Freitas Guimarães, **A Evolução da legislação de proteção das crianças e adolescentes**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Teoria do Direito, Lisboa, 2018, pp. 44-49.

de adotantes ou a de pessoas que, a princípio, não poderiam adotar (como, por exemplo, os integrantes das famílias acolhedoras), desde que, evidentemente, haja vínculo afetivo entre adotantes e adotandos e somente se a adoção apresentar reais vantagens para a criança ou adolescente, no estrito atendimento do seu melhor interesse<sup>535</sup>. Contudo, frisamos que tais hipóteses devem ser reservadas a situações excepcionalíssimas e desde que não haja habilitados interessados dentro daquele perfil, de forma a garantir a inexistência de burla ao cadastro.

Por fim, entendemos pertinente analisar brevemente em que termos se dá a aplicabilidade direta ou imediata das normas que tratam da convivência familiar, em ambos os contextos. Qual seria o real alcance da norma do artigo 227, *caput*, da Constituição Brasileira, no que tange à convivência familiar? Em que pese o artigo 5º, § 1º da CRFB estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, poderíamos realmente afirmar que a norma do artigo 227, *caput*, da CRFB, especificamente no que diz respeito à convivência familiar, é prontamente exigível pela aplicação direta do texto constitucional ou necessita de legislação infraconstitucional integradora para que atinja plenos efeitos? Tal indagação tem lugar na medida em que, se, por um lado, as normas constitucionais são dotadas de força normativa independentemente de lei posterior e possuem eficácia, inclusive as denominadas normas programáticas, que têm por fim comandar a atividade do legislador<sup>536</sup>, por outro lado, não há como deixar de notar que alguns direitos têm percorrido um caminho de árdua concretização<sup>537</sup>. Com base nesta constatação, poderíamos indagar como compatibilizar as normas de baixa densidade, em razão das suas características estruturais, com a necessidade de se extrair concretude destas normas? Nesta toada, defendemos que não é esta conotação programática que deve ser conferida à norma do artigo 227, *caput*, da CRFB, quando prega, com absoluta prioridade, a garantia da convivência familiar, assim como outros diversos

---

<sup>535</sup> A toda evidência, estamos a nos referir a hipóteses excepcionalíssimas, que devem ser analisadas com *grano salis* por juízes e tribunais, sempre com fulcro no melhor interesse da criança. Imaginemos a hipótese de uma determinada criança que resida no Brasil e esteja inserida em uma família acolhedora. Suponhamos que tal criança sofra de uma grave doença crônica que lhe acarreta diversas dificuldades de ordem física e emocional e para as quais necessita de um suporte contínuo dos seus cuidadores habituais. Desde que não haja candidatos habilitados para adotar crianças/adolescentes neste perfil, não vislumbramos óbice para que os acolhedores a adotem, se assim desejarem, se tiverem reais condições para tal e se houver vínculo afetivo entre eles e o adotando, observado, evidentemente, o melhor interesse desta criança neste caso concreto. É a natureza jusfundamental da convivência que reclama a flexibilização da norma processual que prega a prévia habilitação dos adotantes junto ao cadastro de adoção, bem como a norma processual que impede a adoção por parte dos integrantes das famílias acolhedoras (art. 34, § 3º do ECA).

<sup>536</sup> Neste sentido, cf. Lenio Luiz Streck/ Luciano Feldens, **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 37.

<sup>537</sup> Com este entendimento, cf. Luís Roberto Barroso, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 148.

direitos, a crianças e adolescentes. O fato de o legislador constituinte não ter determinado explicitamente o conteúdo da convivência familiar no dispositivo constitucional (art. 227, *caput*, da CRFB), não retira a aplicabilidade direta e imediata da norma em comento, já que é possível identificar um patamar mínimo de realização de tal direito<sup>538</sup>. E não é apenas isto. A partir do momento em que o legislador constituinte, deixou clara não só a vinculação de todos os poderes estatais e da sociedade a este comando, mas também quando fez questão de incluir a expressão “com absoluta prioridade” na norma referida, a sua aplicabilidade direta e imediata nos parece patente, sem que haja a necessidade de qualquer intermediação legal para que produza os seus efeitos. E tal afirmação independe do fato de o ECA ter se incumbido de estabelecer o direito à convivência familiar em termos mais concretos, já que a norma constitucional apontada, por si só, já seria bastante para produzir efeitos independentemente de lei.

Na realidade portuguesa, para além dos dispositivos que nos remetem à convivência familiar localizados no título que trata dos direitos, liberdades e garantias (art. 26º, n.º 1 e art. 36º, n.º 5, 6 e 7), qual alcance têm, por exemplo, as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 69º da CRP? Como já salientamos no início deste capítulo, os preceitos constitucionais normalmente apresentam normas com estruturas muito diferentes entre si, o que resulta em consequências diversas também em termos de aplicabilidade, motivo pelo qual é necessário que analisemos detidamente cada uma destas normas para perquirir quais efeitos podemos delas extrair. Ademais, como já tivemos a oportunidade de expor, partilhamos do entendimento no sentido de que o regime constitucional de aplicabilidade direta e de vinculação das entidades públicas não é exclusivo das normas de direitos, liberdades e garantias<sup>539</sup>. A seguir este raciocínio, no domínio da convivência familiar, como já expusemos, defendemos que as normas dos artigos 69º, n.º 1 e 2 têm a natureza de direitos análogos, de modo que a sua aplicabilidade direta é uma consequência inafastável, por força do disposto nos artigos 17º e 18º, n.º 1 da CRP. Para além disto, as normas do artigo 69º, n.º 1 e 2 da CRP devem ser analisadas em conjunto com

---

<sup>538</sup> Cf. J. M. Sérvulo Correia, “Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses”, in Jorge Miranda (Coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**, Lisboa, 2004, p. 970.

<sup>539</sup> V. Dinamene de Freitas, **O Acto Administrativo Inconstitucional. Delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 225.



as normas dos artigos 26º, n.º 1, art. 36º, n.º 5, 6 e 7, pelo que é possível extrair um conteúdo mínimo<sup>540</sup> a ser respeitado, de modo a não esvaziar ou inviabilizar o direito ora tratado.

Destarte, qualquer norma legal, ato administrativo ou decisão judicial que venha a contrariar uma norma constitucional afeta à convivência familiar, ainda que dotada de baixa densidade, ou que venha a inviabilizar o próprio sentido ou conteúdo da convivência familiar, deve ser considerada inconstitucional e poderá ser sindicada, em ambos os ordenamentos jurídicos.

Feitas estas considerações finais, poderíamos, afinal, afirmar a existência de um direito subjetivo a uma família titularizado por crianças e adolescentes? A toda evidência, crianças e adolescentes não são titulares do direito a uma família qualquer e a todo custo, já que a fruição de tal bem de natureza jusfundamental está condicionada ao princípio norteador de toda a sistemática infantojuvenil, qual seja, o princípio do melhor interesse da criança. Todavia, ao partirmos do pressuposto de que os direitos subjetivos consubstanciam-se no “poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse”<sup>541</sup> e, ao termos por assente que uma das principais vertentes da convivência familiar, qual seja, a garantia de não separação entre pais e filhos, figura como um direito subjetivo a favor dos pais e dos filhos<sup>542</sup> (art. 36º, n.º 6 da CRP), a resposta à indagação tende a ser positiva.

---

<sup>540</sup> Ao discorrer sobre os regimes constitucionais, José Manoel Sérvulo Correia afirma: “Na densificação dos direitos, liberdades e garantias- ainda quando a Constituição remeta expressamente para uma regulação legislativa- a autonomia do legislador encontra-se materialmente limitada pelo conteúdo essencial do Direito Fundamental; sem prejuízo das restrições admitidas pela natureza *prima facie* do Direito Fundamental, o legislador não poderá ignorar aquele conteúdo essencial, directamente extraível do enunciado constitucional, no quadro do sistema de valores da Lei Fundamental e com integração do preceito de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (...) A carência de determinação explícita do conteúdo de um direito, liberdade e garantia- incluindo a daqueles cuja densificação a Constituição expressamente remete para o legislador ordinário- não preclui a respectiva aplicabilidade directa nos termos do artigo 18º, n.º 1; por isso, o juiz dispõe de competência genérica para extrair hermeneuticamente do sistema constitucional de valores integrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem um patamar mínimo de realização de cada direito, liberdade e garantia, por definição justiciável” (...). Cf. J. M. Sérvulo Correia, “Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses”, in Jorge Miranda (Coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**, Lisboa, 2004, p. 970.

<sup>541</sup> O conceito de direito subjetivo exposto foi desenvolvido por Luís Roberto Barroso. Cfr. Luís Roberto Barroso, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 103. Como características do direito subjetivo, o autor enumera as seguintes: existência de um dever jurídico correspondente; violabilidade (na medida em que existe a possibilidade de a parte contrária não cumprir o seu dever); previsão de uma ação judicial colocada à disposição pela ordem jurídica para que o particular possa exigir o seu cumprimento. A nosso turno, entendemos que o direito à convivência familiar perfaz estas características citadas.

<sup>542</sup> Cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566.

Para além destes argumentos, ao direito à convivência familiar titularizado por crianças e adolescentes correspondem diversos deveres estatais correlatos. Todas as vezes em que uma determinada criança ou adolescente vê ameaçado ou inviabilizado o seu direito a conviver em família, surge para o Estado um dever correspondente, qual seja, o de recompor este direito e eliminar qualquer situação de risco, através de diversos mecanismos, seja através de implementação de políticas públicas para auxiliar a família que pode não estar a conseguir cumprir os seus deveres a contento por atravessar dificuldades momentâneas, seja através da colocação da criança em família substituta. Para completar a nossa linha de pensamento, não podemos olvidar que há previsão de diversas ações judiciais para que os titulares principais deste direito (ainda que devidamente representados em juízo) possam exigir o seu cumprimento, em ambos os ordenamentos jurídicos, tais como, a inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais, a ação de destituição ou de suspensão do poder familiar, a ação de guarda, de tutela ou de adoção. Ainda assim, mesmo quando não houver possibilidade de manutenção da criança no núcleo familiar ou de colocação em família substituta, surge para o Estado o dever de evitar o acolhimento institucional, providenciando o acolhimento familiar. Portanto, crianças e adolescentes titularizam o direito subjetivo de exigir da própria família o respeito à sua condição de pessoas em desenvolvimento e à fruição de uma vida familiar equilibrada ou, quando não houver possibilidade de tal exercício junto à família nuclear, têm o direito a exigir do Estado, com absoluta prioridade, a recomposição deste direito.

## **5. OS DEVERES DO ESTADO PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Antes de iniciarmos o percurso deste capítulo, devemos ter em mente que, para que possamos falar em efetivos direitos das crianças e dos adolescentes, é preciso que, antes, não só a família, mas também o Estado assuma e desempenhe uma gama de deveres de naturezas diversas para garantir os inúmeros direitos tutelados por instrumentos jurídicos internacionais e nacionais. A toda evidência, não podemos desprezar o fato de que a capacidade das famílias para desempenhar plenamente a convivência familiar e para arcar com os seus respectivos deveres no intuito de garantir a proteção e o desenvolvimento da criança depende também de fatores extra-jurídicos<sup>543</sup>. Contudo, não podemos descurar do fato de que, quando estamos a

---

<sup>543</sup> Nesta linha de raciocínio, Josiane Rose Petry Veronese assevera que a capacidade da família para o desempenho pleno de suas responsabilidades depende do acesso desta a direitos fundamentais sociais básicos, como a saúde e a educação. Neste sentido, Cf. Helen Crystine Corrêa Sanches/ Josiane Rose Petry Veronese, “A Proteção Integral

falar de convivência familiar, há um espaço de deveres destinados às famílias e à sociedade<sup>544</sup> como um todo, assim como há, inegavelmente, um grande espaço reservado aos deveres do Estado para a consecução deste direito, o que particularmente nos interessa para fins de desenvolvimento deste capítulo, já que a temática está diretamente relacionada à vinculação do Estado (e, conseqüentemente, dos poderes estatais) aos direitos fundamentais, como preconizam os artigos 18, n.º 1 da CRP e artigo 5º, § 1º da CRFB<sup>545</sup>. Portanto, direitos e deveres fundamentais figuram como uma via de mão dupla, já que interligados. Tanto assim é que, ao abordarem os direitos fundamentais, as próprias Constituições citadas os disciplinam juntamente com os deveres fundamentais (Parte I da CRP- direitos e deveres fundamentais- e capítulo I do Título II da CRFB- dos direitos e deveres individuais e coletivos).

Neste capítulo, ao invés de analisarmos a aplicação das normas constitucionais sob uma perspectiva individual, relacionada aos direitos e garantias das pessoas, voltaremos a nossa atenção para a perspectiva do Estado como um dos “pólos da relação jusfundamental”<sup>546</sup> e nas tarefas a serem por ele desempenhadas para garantir o direito à convivência familiar. É que,

---

e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar” in Josiane Rose Petry Veronese (org.), **Direito da Criança e do Adolescente**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, pp. 144-145.

<sup>544</sup> Sobre o papel desempenhado pela sociedade civil organizada e pelos respectivos movimentos sociais como característica do Estado Democrático de Direito e sobre a importância desta função para a manutenção e para o regular funcionamento das instituições, cf. Luiz Fux, **Jurisdição Constitucional II. Cidadania e Direitos Fundamentais**, Belo Horizonte: Editora Forum, 2017, p. 17.

<sup>545</sup> Ao contrário da CRP, que, em seu artigo 18º, n.º 1, prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, a CRFB, no artigo 5º, § 1º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo, pois, silente quanto à vinculação. Note-se que o artigo 5º, § 1º da CRFB aplica-se, indistintamente, a todas as normas de direitos fundamentais. Entretanto, temos que tal omissão do legislador constituinte não tem o condão de levar à afirmação de que os poderes públicos não estão vinculados pelos direitos fundamentais. É neste sentido, aliás, que se manifesta a grande parte da doutrina brasileira. Nas lições de Ingo Sarlet, “ao art. 5º, §1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa”. Ainda de acordo com o autor, o silêncio do legislador constituinte brasileiro no que tange à vinculação das entidades públicas e privadas não deixa de vincular os poderes públicos e os particulares aos direitos fundamentais. Para o autor, “tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível”. Ainda segundo o autor, o dispositivo constitucional brasileiro citado pode ser considerado um “reforço da eficácia vinculante inerente aos preceitos constitucionais em geral”. Neste sentido, por todos, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 383. p. 386.

<sup>546</sup> Para justificar a adoção desta expressão, Jorge Pereira da Silva esclarece que os Poderes estatais estão constitucionalmente consorciados pela obrigação de assegurar a integridade dos bens jurídicos fundamentais das pessoas. Acrescenta o autor que os deveres estatais no sentido da proteção dos direitos fundamentais normalmente podem ser representados por uma estrutura triangular na qual o Estado posiciona-se no pólo relativo ao vértice superior do triângulo, ao passo que o titular de um direito fundamental ameaçado e a fonte desta ameaça posicionam-se na base deste triângulo. Cf. Jorge Pereira da Silva, **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 29 e pp. 551-552.

para além de ser um direito fundamental, a garantia da convivência familiar deve ser entendida como uma tarefa estatal e também como um valor que, tanto o Estado, como a sociedade, devem “respeitar, proteger e promover”<sup>547</sup>. E não poderia ser de outra maneira, posto que a vinculação das entidades públicas e privadas prevista no artigo 18º, n.º 1 da CRP e no artigo 5º, § 1º da CRFB é um corolário dos direitos fundamentais, dentre os quais se inclui a convivência familiar, como já tivemos a oportunidade de expor em capítulo anterior. Nesta linha de raciocínio, devemos lembrar que os direitos fundamentais não se limitam a uma dimensão subjetiva, eis que ostentam também uma dimensão objetiva<sup>548</sup>, na medida em que o Estado deve desempenhar diversas tarefas para assegurar a sua concretização. Estas tarefas podem ser de natureza negativa ou positiva. Em uma acepção negativa, podemos afirmar que os direitos fundamentais estão fora da “esfera de disponibilidade dos Poderes públicos<sup>549</sup>”, já que os detentores do poder estatal, quais sejam, os órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo têm o dever de se abster de intervir nas esferas particulares, como forma de proteger algumas liberdades. Todavia, os direitos fundamentais não se esgotam em meros direitos de defesa, que comportam uma dimensão negativa. Também é preciso que o Estado proporcione meios para que os particulares possam tornar realidade os diversos direitos que estão consagrados na Carta<sup>550</sup>, muitas vezes através da promoção de acesso a bens de natureza jusfundamental. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, em uma dimensão positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de envidar todos os esforços no sentido de “realizar os

<sup>547</sup> Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 234.

<sup>548</sup> De acordo com as lições de Konrad Hesse, “a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital, não só teórica, para as tarefas do Estado. Partindo dessa premissa da vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG), surge não só uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles direitos protegem mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos”. Cf. Konrad Hesse, **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 40.

<sup>549</sup> Neste sentido, Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 384.

<sup>550</sup> Em obra que tratou do significado dos direitos fundamentais, Konrad Hesse ressalta a importância do Estado para assegurar a efetividade de tais direitos e nos leciona que: “A busca pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais tornou-se precondição de que chegue a haver uma real liberdade. O Estado já não aparece só como o inimigo potencial da liberdade, mas tem de ser também seu defensor e protetor (...) Em tal medida, as garantias constitucionais, que devem cumprir essas funções, aproximam-se dos direitos fundamentais da segunda geração (...). Junto à particularidade de que não só obrigam o Estado a uma abstenção mas também a uma atuação positiva, levantam a questão de se a obrigação jurídico-objetiva de do Estado corresponde, e em que medida, a um direito subjetivo das pessoas e dos cidadãos para demandar do Estado tal atuação”. Cf. Konrad Hesse, **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 42.

direitos fundamentais”<sup>551</sup>. Como expusemos no capítulo anterior, não se revela adequada uma divisão estanque do direito à convivência familiar como um direito social, já que a segmentação entre direitos de liberdade e direitos sociais, não raro, é excessiva e despcienda, em termos práticos. Em sendo um direito fundamental, como os demais, a convivência familiar ostenta uma natureza complexa. Os deveres estatais associados à convivência familiar ostentam diversas dimensões, quais sejam, deveres estatais de respeito (geralmente associados a uma dimensão de natureza negativa, eis que identificados como uma função de defesa), deveres estatais de proteção (associados a uma dimensão negativa e à função de proteção) e deveres estatais de realização (associados a uma dimensão positiva, já que são normalmente relativos à função de prestação ou de promoção de acesso a bens). Neste sentido, lembramos que o Comentário Geral n.º 3 de 1990 do Comitê para os Direitos Econômicos, sociais e culturais dispensa aos deveres estatais atrelados aos direitos sociais uma classificação tripartida<sup>552</sup>.

Para além disto, não podemos olvidar que cada um dos Poderes estatais, independentes e harmônicos entre si, deverá agir dentro da sua esfera predominante, em razão do princípio consagrado no artigo 2º da CRP e no artigo 2º da CRFB. Afinal, a ingerência de um Poder na esfera do outro, não raro, pode acarretar consequências deletérias<sup>553</sup>. Mas, afinal, quais seriam exatamente os deveres do Estado destinados a garantir o direito à convivência familiar a crianças e adolescentes? Para delinear uma resposta a esta indagação, após estas considerações

---

<sup>551</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015, p. 384.

<sup>552</sup> No que tange à natureza das obrigações estatais, o Comentário Geral menciona obrigações de conduta e de resultado. No que se refere às obrigações de resultado, o Comentário Geral destaca que a principal obrigação de tal natureza diz respeito à adoção de medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto”. Neste sentido, o conceito realização progressiva é a constatação de que a plena realização de todos os direitos econômicos, sociais e culturais normalmente não poderá ser alcançada em um curto período de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente da contida no artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que incorpora uma obrigação imediata de respeitar e garantir todos os direitos relevantes. No entanto, ainda de acordo com a redação do Comentário Geral citado, tal fato não deve esvaziar o conteúdo significativo da obrigação. Se, por um lado, deve haver uma flexibilidade necessária que reflita as realidades de cada país para garantir a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por outro lado, o termo “realização progressiva” deve ser lido à luz do objetivo geral do Pacto, que deve estabelecer obrigações claras para os Estados Partes em prol da plena realização dos direitos em questão (tradução nossa). O teor do Comentário Geral n.º 3 de 1990 do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais está disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/comentariogeral3.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2020.

<sup>553</sup> De acordo com os ensinamentos de João Miranda, “Para se garantir um espaço operativo a este princípio, tem-se recorrido à teoria do núcleo essencial, com a qual se impede que a um órgão possam ser reconhecidas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais e principalmente atribuídas a outro órgão”. Cf. João Miranda, **Contributo para o estudo das fronteiras constitucionais da função administrativa e da função jurisdicional**, Relatório inédito no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa, 1997, p. 49.

iniciais, passaremos à análise dos deveres reservados a cada um dos Poderes estatais, no que tange à concretização do direito à convivência familiar.

### 5.1 Os deveres do Legislador

De acordo com as lições de Alexandre de Moraes, “as funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar”<sup>554</sup>. Assim, no exercício da sua função típica de editar leis que devem reger a sociedade<sup>555</sup>, o legislador está vinculado aos direitos fundamentais em uma dupla dimensão<sup>556</sup>. Isto equivale a dizer que o Estado assume o dever de garantir a convivência familiar a crianças e adolescentes de diversas maneiras, já que ora desempenha deveres de natureza negativa e ora de natureza positiva. No que tange aos deveres de natureza negativa, para assegurar o direito fundamental à convivência familiar, no exercício da função legislativa, o Estado tem o dever de se abster de criar leis que limitem tal direito fora das hipóteses autorizadas expressamente ou implicitamente pela Constituição, o que configura uma limitação da liberdade do legislador em sua atividade legiferante. Nesta acepção negativa, o legislador não está autorizado a criar leis que afrontem, inviabilizem ou restrinjam indevidamente o já consagrado direito fundamental à convivência familiar, tampouco a criar leis que definam o conteúdo deste direito, já que este conteúdo deve ser extraído das normas constitucionais que o

---

<sup>554</sup> Neste sentido, Alexandre de Moraes leciona: “Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas. As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento (...) As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade”. Cf. Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 31ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 432.

<sup>555</sup> Sobre o Poder Legislativo, André Ramos Tavares afirma que “a incumbência de redigir e editar as leis gerais, que devem reger a sociedade, encontra-se atribuída ao Poder Legislativo”. Quanto a este aspecto, ressaltamos que o Brasil adota a forma federativa de Estado e, portanto, o Poder Legislativo de esfera nacional possui a estrutura interna bicameral, sendo, por tal motivo, considerado bicameral. Neste sistema bicameral, o Congresso Nacional é o órgão representativo do Poder Legislativo nacional e é atualmente dividido em duas Casas, a saber, a Câmara dos Deputados, que corresponde à representação popular, e o Senado Federal, que é composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal. Cf. André Ramos Tavares, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pp. 794-795.

<sup>556</sup> Neste contexto, assumem relevo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho no sentido da dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, em especial aos direitos, liberdades e garantias. O autor destaca a existência de uma dimensão proibitiva consistente na vedação de as entidades legiferantes criarem atos legislativos contrários às normas constitucionais garantidoras de direitos, liberdades e garantias, bem como ressalta a dimensão positiva desta vinculação, que se consubstancia no dever conferido ao legislador no sentido de realização dos direitos, liberdades e garantias. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 440.

consagram<sup>557</sup>, como tivemos a oportunidade de ver no capítulo anterior. Vejamos em que termos se dá esta aceção negativa: A CRP, por exemplo, em seu artigo 36, n.º 6, estatui expressamente que a única hipótese que autoriza a separação entre pais e filhos diz respeito a situações em que os pais não estejam a cumprir os seus deveres fundamentais para com os filhos e, ainda assim, sempre mediante decisão judicial. Na mesma linha de raciocínio, o legislador constituinte português criou a norma do artigo 69º, n.º 1, que prega que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. Destarte, concluímos que, à exceção das hipóteses de abandono, opressão, discriminação e exercício abusivo da autoridade na família, hipóteses estas que resvalam no descumprimento dos deveres fundamentais dos pais, o legislador não pode criar normas que restrinjam ou limitem a convivência familiar entre pais e filhos fora dos casos de descumprimento das responsabilidades parentais ou dos deveres associados ao poder familiar. Como defendemos anteriormente, por estar diretamente relacionada ao desenvolvimento da personalidade, a convivência familiar também tem em seu bojo componentes de direito de liberdade, o que invoca a incidência do disposto no artigo 18º, n.º 2 da CRP, que prega que a lei só pode restringir direitos desta natureza nos casos expressamente previstos na Constituição, e, ainda assim, eventuais restrições limitar-se-ão ao necessário para garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Todavia, tendo em mente a dupla vinculação do legislador aos direitos fundamentais, os seus deveres relacionados à convivência familiar não se esgotam na esfera negativa, já que também há deveres de natureza positiva, posto que o legislador está obrigado a criar normas que concretizem e fomentem tal direito, na medida em que surgirem demandas relacionadas à sua materialização. Em uma aceção positiva, o legislador vincula-se ao direito fundamental à convivência familiar não só porque existe um dever de conformação de acordo com os parâmetros ditados pelas normas constitucionais relacionadas a este direito, bem como porque “possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento”<sup>558</sup>. De nada adiantaria a previsão retórica do direito à convivência familiar nas Constituições citadas se o legislador de ambos os países não tivesse criado algumas leis que, ainda que por via indireta,

---

<sup>557</sup> Neste mesmo sentido, mas referindo-se a todos os direitos fundamentais, indistintamente, Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 385.

<sup>558</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 385.

têm por objetivo tornar a convivência familiar uma realidade, diante das especificidades de cada um dos países, seja conferindo celeridade a processos relacionados à convivência familiar, como é o caso dos processos de adoção, seja através da criação de mecanismos alternativos à institucionalização, como o acolhimento familiar.

É forçoso observar que algumas das normas constitucionais relativas à convivência familiar presentes no ordenamento jurídico de ambos os países ora abordados não são tão densas a ponto de ostentarem um elevado grau de auto-suficiência, de modo que, não raro, o legislador é dotado de uma maior liberdade de conformação, e, portanto, há mais espaço para o exercício da sua autonomia criativa<sup>559</sup>. Todavia, isto não equivale a afirmar que esta autonomia criativa seja ilimitada, uma vez que são as normas constitucionais afetas ao direito em questão que ditam os limites ao legislador ordinário.

A toda evidência, é mais fácil citar exemplos relacionados a deveres de natureza negativa a serem desempenhados pelo legislador nesta seara do que deveres de natureza positiva. Isto porque as próprias Constituições objeto deste trabalho delimitam a atuação negativa do Estado em termos legiferantes. É esta a razão pela qual o legislador está impedido, por exemplo, de criar qualquer lei que venha a acabar com o instituto da adoção ou que venha a privilegiar o acolhimento institucional em detrimento do acolhimento familiar. Aliás, no que tange à adoção, o próprio legislador constituinte fez questão de deixar claro na CRP que o instituto não só é regulado, mas também protegido nos termos da lei. Ao prever que a adoção é protegida por lei, no artigo 36º, n.º 7 da CRP, o legislador constituinte tencionou deixar expresso que nenhuma lei poderá acabar com o instituto, de modo que qualquer lei que verse sobre a adoção poderá regulamentá-la e até mesmo prever outras formas de proteção, mas nunca a sua extinção. Já ao prever, no mesmo dispositivo, que a lei deve estabelecer formas céleres para a tramitação da adoção, o legislador constituinte deixou clara a necessidade de assunção de deveres de natureza positiva por parte do legislador. Ocorre que, por força da multiplicidade de formas de exercício de deveres de cunho positivo por parte do legislador, multiplicidade esta que fica condicionada às situações cotidianas de vida, torna-se tarefa mais árdua delimitar o tipo de atuação do legislador neste tocante. Apesar de ser tarefa árdua enumerar todos os

---

<sup>559</sup> Neste sentido, sobre a relação entre a densidade das normas constitucionais e a liberdade de conformação do legislador, cf. Jorge Pereira da Silva, **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 566.



deveres de cunho positivo do legislador para assegurar o direito fundamental à convivência familiar, exemplos não faltam.

Em Portugal, a lei n.º 143/2015 (RJPA) consagrou um diploma específico para reger o instituto da adoção, e, em seu artigo 32º, estabelece a natureza urgente dos processos de adoção, como forma de acelerar a sua tramitação. Outro exemplo da manifestação de um dever de natureza positiva atribuído ao Estado-legislador no domínio da convivência familiar consiste no Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro, que regula o regime de execução do Acolhimento Familiar de Crianças e Jovens em Perigo. Em diferentes graus e formas, ambos os exemplos têm por fim criar mecanismos para viabilizar o comando constitucional que assegura a todas as crianças e adolescentes o direito de conviverem em família e são exemplos de manifestação da dimensão positiva da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. No Brasil, como exemplo de materialização deste dever de natureza positiva associado ao direito à convivência familiar a ser desempenhado pelo legislador, podemos apontar a previsão da revisão trimestral da situação da criança ou adolescente institucionalizado inaugurada pelo artigo 19, parágrafo 1º do ECA, modificado pela lei n.º 13.509/2017, o que permite a manifestação judicial acerca da solução para a situação de abandono da criança ou do adolescente, com base em relatório elaborado por equipe multidisciplinar<sup>560</sup>. Há de se destacar também a lei de alienação parental<sup>561</sup> como outro exemplo da materialização da atividade do

---

<sup>560</sup> Cf. Sávio Bittencourt, **A Nova Lei de Adoção. Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 2010, p. 98. É importante esclarecer que, quando o autor menciona a revisão periódica da situação da criança ou do adolescente institucionalizado, refere-se à lei n.º 12.010, de 03/08/2009, que modificou a redação do ECA para fazer constar no parágrafo 1º do artigo 19 a necessidade de revisão semestral. Todavia, posteriormente, o ECA foi novamente modificado pela lei n.º 13.509/2017, que alterou o prazo desta revisão para três meses. V. artigo 19 do ECA: “§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)”. Inicialmente, estas revisões eram realizadas semestralmente através de audiências concentradas cuja realização tornou-se obrigatória em todo o território nacional brasileiro com a edição do Provimento n.º 32 de 24/06/2013 do CNJ. Atualmente, sem prejuízo da realização das audiências concentradas semestralmente, admite-se a revisão periódica de três meses por meio de decisão fundamentada, precedida de relatório técnico, nos moldes do disposto no Enunciado n.º 09 do FONAJUP (Forum Nacional da Justiça Protetiva): Enunciado n.º 09: “Não é necessária a realização de audiência concentrada trimestral, desde que a reavaliação prevista no art. 19, §1º do ECA seja feita por decisão judicial precedida de relatório técnico, após manifestação das partes, se houver, e do Ministério Público”.

<sup>561</sup> No Brasil, a lei que trata da alienação parental é a lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, que alterou o artigo 236 do ECA. O artigo 2º da lei citada traça o conteúdo da alienação parental, cita formas exemplificativas de atos de alienação parental e dispõe acerca das consequências para tal prática, ao passo que o artigo 3º estabelece uma relação direta entre os atos de alienação parental e o desrespeito ao direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar.

legislador sob um prisma positivo, já que tem o fim de concretizar o direito à convivência familiar.

Apenas para fins de delimitação negativa, não abordaremos a temática atinente à inconstitucionalidade por omissão porque os dois países objeto desta investigação possuem sistemas diferentes neste tocante, o que demandaria a necessidade de esmiuçar cada um deles, fugindo, portanto, ao objetivo do trabalho.

## 5.2 Os deveres do Julgador

Além da função de legislar e administrar, o Estado também desempenha a função jurisdicional, que consiste na “imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade”<sup>562</sup>, sendo tal função exercida tipicamente pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, podemos dizer que a “jurisdição consiste na aplicação ou na realização direito” e “tanto pode ser feita em concreto perante conflitos de interesses, como em abstracto na apreciação da constitucionalidade e legalidade das normas jurídicas”<sup>563</sup>.

Para além disto, nos termos do que dispõem os números 1 e 2 do artigo 202º da CRP, “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”, sendo que, nesta função de administração da justiça, também incumbe aos tribunais assegurar a “defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Estando vinculado aos direitos fundamentais, o julgador deve obediência não só à lei, mas também e principalmente, à Constituição, eis que está impedido de aplicar normas que infrinjam o disposto na Carta Magna<sup>564</sup>. Entretanto, os deveres dos julgadores nesta área se estendem a outros tipos de desafios, pois quando nos debruçamos sobre os direitos fundamentais, percebemos que a multiplicidade de normas que versam sobre esta gama de direitos acaba por exigir uma “atividade concretizadora dos tribunais”<sup>565</sup>, já que a função estatal de legislar, por

<sup>562</sup> Cf. Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 31ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 527.

<sup>563</sup> Cf. João Miranda, **Contributo para o estudo das fronteiras constitucionais da função administrativa e da função jurisdicional**, Relatório inédito no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa, 1997, p. 49.

<sup>564</sup> V. artigo 204º da CRP.

<sup>565</sup> António Pedro Barbas Homem observa que, para além do reconhecimento da supremacia das normas constitucionais sobre a legislação ordinária como conducente ao poder-dever dos tribunais de recusarem a aplicação de normas inconstitucionais, a crescente legislação em matéria de direitos fundamentais exige uma atividade concretizadora por parte dos julgadores. Neste sentido, afirma o autor: “A legislação social do Estado-de-bem-estar justifica uma intervenção activa do Estado e a utilização de técnicas de promoção social e económica

si só, não é suficiente para conferir efetividade a muitos destes direitos, motivo pelo qual, não raro, juízes e tribunais são chamados para tal fim.

No Brasil, para o exercício da sua função típica, o Poder Judiciário pode atuar através do modelo difuso ou do modelo concentrado de controle de constitucionalidade<sup>566</sup>. Em breves palavras, o controle difuso é exercido por juízes e tribunais, quando da análise da compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição, em casos concretos submetidos a sua apreciação, ao passo que o controle concentrado destina-se à obtenção da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto<sup>567</sup>. Assim, no que diz respeito ao tema deste trabalho, tendo em mente que a perspectiva que nos interessa é a infantojuvenil, grande parte da atuação do julgador (seja o juiz de primeira instância ou o tribunal) no que se refere à garantia da convivência familiar a crianças e adolescentes residirá na decisão de conflitos de interesses que envolvam este direito, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, avaliando de que forma e em que grau o direito à convivência familiar deve ser garantido para determinada criança ou adolescente privado ou na iminência de ser privado de tal direito, valendo-se também, para tanto, da bússola norteadora consubstanciada no princípio do melhor interesse da criança.

Na maior parte das vezes, a tutela do direito à convivência familiar será exercida pelos juízes de primeira instância, seja através de ações cujo objeto seja um pedido de obrigação de fazer, obrigação de não fazer, ações de guarda, ações de tutela, ações de adoção, ações de destituição do poder familiar e até mesmo via mandado de segurança, nos casos em que houver

---

que passam, não apenas pela administração, mas também pelos tribunais (...) Quanto mais se estende o âmbito de intervenção do legislador e da administração, mais se irá igualmente alargar a esfera da jurisdição. A protecção dos cidadãos perante o exercício de poderes legislativos e administrativos postula uma tutela jurisdicional efectiva adequada a concretizar os direitos fundamentais”. Cf. António Pedro Barbas Homem, **O Justo e o Injusto**, Reimpressão, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 75.

<sup>566</sup> O modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade brasileiro é denominado misto por força da mescla dos dois sistemas básicos, quais sejam, o sistema difuso e o concentrado. Assim sendo, juízes e tribunais tanto podem exercer o controle de constitucionalidade das normas nas hipóteses de lesão a direitos fundamentais nos casos concretos submetidos à sua apreciação, como também podem exercer o controle da constitucionalidade da norma em abstrato. O STF pode apreciar ações propostas perante juízes de primeira instância através do manejo de recursos extraordinários, diante do que dispõe o artigo 102, III, alínea “a” da CRFB, eis que possui competência para julgar em sede de recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância nas hipóteses em que a decisão recorrida contrariar dispositivo da CRFB. Por sua vez, o STJ também pode tutelar concretamente uma lesão a direito fundamental através do manejo do recurso especial, quando a decisão atacada contrariar tratado ou lei federal ou der à lei interpretação divergente daquela atribuída por outro tribunal (artigo 105, III, alínea “a” da CRFB). Já em Portugal, o Tribunal Constitucional está limitado ao controle das normas em abstrato, pelo que não pode exercer o controle da constitucionalidade de atos administrativos, decisões judiciais e atos ou omissões administrativas, diante do disposto no artigo 221º, 223º e 277º a 283º da CRP.

<sup>567</sup> Cf. Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 7ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 577.

pleito de proteção a direito líquido e certo lesado ou sob ameaça de lesão, dentre outras maneiras de tutela judicial. É possível também que tribunais superiores apreciem conflitos de interesses envolvendo lesão ou ameaça de lesão a este direito fundamental. É que, diferentemente do que ocorre no sistema português, em que o Tribunal Constitucional está restrito ao controle de normas em vigor, os tribunais superiores brasileiros podem vir a tutelar uma ação ou omissão que resulte na lesão a direitos fundamentais de particulares (dentre eles, o direito à convivência familiar) em casos concretos, desde que tenham sido intentados os recursos próprios, já que ações manejadas perante juízos de primeira instância podem desaguar em recursos extraordinários no STF, bem assim em recursos especiais perante o STJ<sup>568</sup>. Por sua vez, em Portugal, a maior parte da tutela do direito à convivência familiar é exercida também por juízes de primeira instância em ações fulcradas na LPCJP, no RJPA e nas ações de regulação das responsabilidades parentais com escopo no RJPTC. Contudo, o sistema português de fiscalização de constitucionalidade não permite que o Tribunal Constitucional aprecie conflitos de interesses extraídos de casos concretos, eis que a ele incumbe apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados<sup>569</sup>.

Contudo, em ambos os países, a função do julgador não se esgota no âmbito difuso. Ao Poder Judiciário também incumbe realizar o controle da constitucionalidade em tese ou em abstrato<sup>570</sup> de normas que versem sobre a convivência familiar. Portanto, no âmbito brasileiro, é possível que o direito fundamental objeto do nosso trabalho venha a ser analisado, ainda que de forma abstrata, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Isto porque, no Brasil, a competência para processar e julgar, originariamente, as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal<sup>571</sup> ou estadual, nas quais o objeto principal da ação é a declaração da inconstitucionalidade, incumbe ao Supremo Tribunal Federal. Desta forma, é possível que uma determinada lei, que ainda que indiretamente, restrinja a convivência familiar fora das hipóteses permitidas pela própria Constituição brasileira seja declarada inconstitucional pelo STF, mesmo que não haja qualquer caso concreto subjacente.

<sup>568</sup> V. artigo 102, III, alínea “a” e artigo 105, III, alínea “a”, ambos da CRFB.

<sup>569</sup> V. artigos 221º, 223º, n.º 1 e 277, n.º 1, todos da CRP.

<sup>570</sup> Por escapar do objeto principal deste trabalho, optamos por não abordar o controle preventivo de constitucionalidade.

<sup>571</sup> O artigo 22, I da CRFB estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito civil e processual, reduto natural das normas que versam sobre o direito objeto do nosso trabalho. Desta forma, em se tratando de alegação de inconstitucionalidade de lei federal diante da CRFB, a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade será do STF, em razão do disposto no artigo 102, I, alínea “a” da CRFB.

Contudo, ainda que os deveres do julgador para a garantia do direito à convivência familiar gravitem em torno destes dois sistemas por nós abordados, é preciso que tenhamos uma visão de caráter mais abrangente acerca da atuação do julgador na garantia de tal direito. O Estado Democrático de Direito, modelo adotado por ambos os países objeto deste trabalho, tem por esteio dois fatores: “o respeito à democracia e aos direitos fundamentais-sociais”<sup>572</sup>. Nesta esteira, se, no Estado liberal, predominava a função estatal reguladora do Direito e, no Estado Social, a função promovedora, no Estado Democrático de Direito, agrega-se a estas duas funções, a “função de transformação social”<sup>573</sup>. Por consequência, o Poder Legislativo e o Poder Executivo passam a ceder espaço para que o Poder Judiciário assuma uma posição de destaque, imbuído que é da função de realização dos direitos fundamentais, nos moldes assumidos pela Constituição, que, por sua vez, passa a “figurar como remédio contra maiorias eventuais”<sup>574</sup>. Portanto, para além de respeitar os direitos fundamentais, o julgador possui também o importante dever de figurar como um fator de transformação social<sup>575</sup>. Neste sentido, merece destaque a Regra n.º 1.4 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Jovens (Regras de Beijing), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n.º 40/33, de 29 de novembro de 1985<sup>576</sup>, que estabelece o seguinte: “A justiça de jovens deverá ser concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país, num quadro geral de justiça social para todos os jovens, contribuindo assim, simultaneamente, para a proteção dos jovens e a manutenção da paz e da ordem na sociedade”. A partir do momento em que a justiça de jovens (no Brasil, a Justiça da Infância e da Juventude e, em Portugal, os Tribunais de Família e de Menores) é vista como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país, este dispositivo é um exemplo desta interface do Poder Judiciário com a função de transformação social. A justiça de jovens, portanto,

<sup>572</sup> Neste sentido, Cf. Lenio Luiz Streck/ Luciano Feldens, **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 17.

<sup>573</sup> Lenio Luiz Streck leciona que o marco do Estado Democrático de Direito está relacionado à função de potencial transformação social, que é agregada à função de ordenação e de promoção do Direito, estas duas últimas próprias do Estado Liberal e do Estado Social, respectivamente. Por consequência, o autor conclui que, no Estado Democrático de Direito, há uma “nítida migração dessa esfera de tensão, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional”. Cf. *idem*, *ibidem*, p. 17.

<sup>574</sup> A expressão é de Lenio Streck. Cf. Lenio Luiz Streck/ Luciano Feldens, **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 18.

<sup>575</sup> Ao falarmos do juiz como um agente de transformação social, reputamos oportuna a reflexão crítica de Piero Calamandrei, quando aduz que, para além da solidão e da contemplação cotidiana das tristezas humanas, o verdadeiro “drama do juiz” está relacionado à rotina, que, insidiosa como uma enfermidade, cansa e “o desencoraja até fazê-lo sentir sem revolta que decidir da honra e da vida dos homens tornou-se para ele uma prática administrativa ordinária”. Cf. Piero Calamandrei, **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995, p. 356.

<sup>576</sup> Disponível em: <[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras\\_minimas\\_beijing.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf)>. Acesso em 16 mai. 2019.

desempenharia uma função global, já que seria parte de um universo ainda maior, figurando como algo mais do que apenas regular a situação de cada um dos jovens que por ela passa, com o evidente respeito pelos seus direitos fundamentais, mas também e, principalmente, passaria a ter uma perspectiva mais abrangente, encarada como um fator fundamental ao desenvolvimento nacional e à manutenção da paz e da ordem de cada sociedade. Destarte, o Poder Judiciário desempenha um papel decisivo na sociedade no que toca à disseminação da ideia da jusfundamentalidade da convivência familiar<sup>577</sup>, seja através da adoção de parâmetros de julgamento, seja através da fiscalização do cumprimento dos deveres atribuídos aos demais poderes constituídos para a garantia deste direito ou através da conscientização da sociedade em geral<sup>578</sup>.

Por fim, devemos ter em mente que, se, por um lado, não há como conceber um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem um Poder Judiciário autônomo e independente<sup>579</sup> para exercer as suas funções, por outro lado, não podemos transferir toda a

---

<sup>577</sup> No que toca aos deveres estatais destinados a garantir os direitos infantojuvenis (dentre eles, o direito à convivência familiar), sobretudo na figura dos julgadores, ressaltamos que o Estado português considerou fundamental, para a formação de seus magistrados, o aprofundamento dos conhecimentos relacionados à Convenção sobre os Direitos da Criança. É que, em Portugal, a recente Lei n.º 21/2020, publicada no *Diário da República* em 02/07/2020, estabelece aos magistrados a obrigatoriedade de formação na disciplina relativa à Convenção sobre os Direitos da Criança, cuja capacitação deverá ser providenciada pelo Centro de Estudos Judiciários. Esta salutar providência legislativa veio justamente ao encontro da necessidade de dotar os juízes portugueses dos conhecimentos multidisciplinares tão necessários para o deslinde de causas que envolvem situações delicadas junto aos Tribunais de Família e de Menores, o que, em última análise, vem a corroborar a importância atual dos direitos das crianças no cenário nacional e internacional, conforme o objeto deste trabalho. Também no sentido da exigência de formação especializada como um reflexo da necessidade de constante atualização das matérias relativas à criança e à família para o exercício das funções judicantes nos tribunais, o que implica uma articulação entre os Conselhos Superiores de ambas as magistraturas e o Centro de Estudos Judiciários, cf. Joana Marques Vidal, “Crianças, Jovens e Tribunais”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 121.

<sup>578</sup> A conscientização à qual nos referimos pode se dar, por exemplo, através da articulação do Poder Judiciário com a rede de proteção da infância e da juventude para traçar estratégias eficazes para a garantia deste direito em todos os setores públicos ou privados que lidem com a população infantojuvenil, traçando fluxogramas de atuação. Outro importante exemplo está ligado à realização de palestras e debates com a sociedade civil, tudo com o escopo de chamar a atenção para a jusfundamentalidade do direito do qual estamos a tratar. Não podemos perder de vista que os deveres para a garantia da convivência familiar incumbem não só ao Estado, mas também à sociedade. Faz-se *mister*, portanto, despertar a sociedade para a necessidade de cumprimento efetivo deste dever a ela também conferido pelas Constituições de ambos os países (artigo 227, *caput* da CRFB e artigo 69º, n.º 1 da CRP). Uma das formas de desempenho de tal dever pela sociedade está ligada à articulação para participação em programas de acolhimento familiar e de apadrinhamento. Embora tais programas apresentem resultados positivos em ambos os países, a participação da sociedade civil ainda não é suficiente para atender à demanda de crianças e adolescentes privados da convivência familiar.

<sup>579</sup> Neste sentido, Cf. Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 31ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 524. A seu turno, Antoine Garapon salienta a essencialidade da função jurisdicional para orientar a democracia, ao ponderar que “*o combate judicial permite que uma democracia desorientada se situe melhor (...)*”. Cf. Antoine Garapon, **O guardador de promessas. Justiça e Democracia**, trad. Francisco Aragão, Editora Intituto Piaget, 1996, pp. 19-20.

responsabilidade acerca da concretização dos direitos fundamentais aos julgadores, posto que seria impraticável atender às inúmeras demandas cotidianas. Assim, neste cenário, é necessário envolver ativamente os protagonistas dos conflitos de interesses que envolvam lesões a direitos fundamentais, pelo que as formas alternativas de resolução de conflitos de interesses assumem particular relevo<sup>580</sup> neste tocante. Não é por outra razão que, atualmente, a opção pela conciliação e mediação nas Varas de Família e nas Varas da Infância e da Juventude é cada vez mais incentivada não só pela lei, mas também pela prática forense.

Com base nesta premissa e ainda no que se refere aos deveres conferidos ao Poder Judiciário para a garantia da convivência familiar, consideramos pertinente ressaltar que o Direito pós-moderno revela um intenso movimento no sentido do fomento à resolução pacífica de conflitos, através de instrumentos substitutivos da vertente formal da jurisdição. Sem embargo do direito fundamental de acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição preconizado pelo artigo 5º, XXXV da CRFB, observamos que o artigo 3º do CPC<sup>581</sup> brasileiro é uma manifestação desta mudança de paradigma, a partir do momento em que privilegia a *soft law*<sup>582</sup>, através do estímulo à adoção de métodos de solução consensual de conflitos (como a mediação e a conciliação), por parte dos operadores do direito, dentre os quais os juízes e membros do Ministério Público. Nesta senda, observamos o incentivo a políticas públicas de caráter permanente voltadas para a criação e aperfeiçoamento de órgãos de conciliação e mediação, junto a diversas Varas da Infância e da Juventude e Varas de Família que se ocupam,

---

<sup>580</sup> Quanto aos instrumentos substitutivos da jurisdição tradicional consubstanciados nas formas alternativas de resolução de conflitos, Jayme Martins de Oliveira Neto faz a seguinte reflexão: “Natural, portanto, estejam em voga as soluções alternativas de conflitos, a mediação, a conciliação para os dramas psicológicos que conduzem muitas vezes à superlotação das prisões. É que ainda não tomamos consciência de nossas potencialidades, não acreditamos em nossa individualidade e transferimos ao outro a razão de nossa vida, de nossa felicidade; não queremos a convivência, queremos o comando do outro, sejam maridos, esposas, pais ou filhos. Por isso estamos convencidos da necessidade da autoeducação, pedra-de-toque na construção de bases sociais sólidas que culminariam na formação de famílias estruturadas e felizes, não daquela felicidade aparente para os outros, mas da felicidade de amar plenamente para o progresso de todo o núcleo (...)”. Cf. Jayme Martins de Oliveira Neto, “A família na atualidade”, in Eduardo Vera-Cruz Pinto/ José Rodolpho Perazzolo/ Marco Antonio Marques da Silva (coord.), **Família: Patrimônio da Humanidade**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, pp. 109-112.

<sup>581</sup> Os meios alternativos de solução de conflitos podem ocorrer tanto no âmbito administrativo, como judicial. Enquanto o parágrafo 3º do artigo 3º do CPC brasileiro trata dos métodos de solução consensual de conflitos no âmbito judicial, o artigo 174 do mesmo diploma legal trata da criação de câmaras de mediação e conciliação pelos entes federativos para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Em razão da natureza do direito que é objeto deste trabalho, interessa-nos mais a perspectiva judicial, motivo pelo qual não desenvolveremos tais métodos alternativos no âmbito administrativo.

<sup>582</sup> Quanto à tendência verificada no Direito pós-moderno, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento ponderam que o modelo atual estimula um direito mais suave (*soft law*), que cede espaço à flexibilidade, à negociação e à exortação de comportamentos, em detrimento da imposição ou proibição de condutas. V. Cláudio Pereira de Souza/ Daniel Sarmento, **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**, 2ª ed., 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora Forum, 2016, pp. 235-236.

dentre outras funções, de dirimir conflitos relacionados à convivência familiar envolvendo crianças e adolescentes. No âmbito brasileiro, a adoção de tais práticas alternativas de solução de conflitos ultrapassa a ideia de uma mera exortação, eis que configura mais um dos deveres atribuídos ao poder judiciário na garantia do direito à convivência familiar. Tanto assim é que o Conselho Nacional de Justiça brasileiro editou a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e que, dentre outras providências, estabelece prazos para que os tribunais do país criem núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos<sup>583</sup>.

A prática forense nos revela que uma decisão judicial, ainda que bem fundamentada, muitas vezes não tem o condão de pacificar anos de conflitos em casos que envolvem acirradas disputas de guarda entre genitores, bem assim as demandas atinentes à visitação de familiares a crianças e adolescentes, demandas estas que, em última análise, nada mais revelam do que instrumentos destinados a assegurar a convivência familiar. Portanto, os métodos alternativos de solução de conflitos devem passar a ser uma realidade, eis que configuram uma providência salutar, mormente em um cenário em que imperam inúmeros conflitos de interesses relacionados a um fator de extrema importância para o ser humano, qual seja, a família. Para ilustrar a maneira como a adoção de uma solução alternativa de conflitos pode ser eficaz para assegurar a convivência familiar a uma criança, tomemos como exemplo a seguinte situação: imaginemos a hipótese de uma demanda que envolva um pleito de autorização judicial para permitir a visitação de um genitor ao filho, após anos de afastamento em razão da ruptura de um casamento. Digamos que, em atendimento à garantia do direito fundamental à convivência familiar, seja proferida uma decisão judicial autorizando o contato do genitor com o filho, através do exercício do direito de visitação em dias determinados. Imaginemos também que, por força de eventual demora na prolação desta decisão, até mesmo em razão da necessidade da realização de estudos técnicos para amparar o provimento judicial, a criança já tenha se tornado adolescente e, após a decisão mencionada, manifeste a sua sincera opinião no sentido da recusa de cumprir a determinação judicial, por alegar já não ter mais interesse neste tipo de contato com o genitor em razão do distanciamento verificado por tantos anos. A execução desta

---

<sup>583</sup> O art. 7º da Resolução CNJ n.º 125, de 29 de novembro de 2010 dispõe que “Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área”. Embora a organização do programa incumba ao CNJ, a sua implementação deve contar com a participação da rede integrada por todos os órgãos do Poder Judiciário e pela parceria de entidades públicas e privadas, dentre as quais, instituições de ensino.



decisão, caso forçada, tenderia a ser traumática para o então adolescente, de modo que seria mais eficaz que a solução do impasse fosse antes construída com a participação negociada de todas as partes envolvidas, inclusive com o apoio de profissionais da área da psicologia. Ainda que cada uma das partes envolvidas tenha que abdicar de parte de suas pretensões iniciais, neste caso, a construção conjunta de uma solução para o caso concreto tenderia a ser mais proveitosa para todos quando comparada à decisão judicial obtida através da forma tradicional de jurisdição.

Para finalizar este tópico, temos que é importante gizar que, no que tange especificamente ao objeto deste trabalho, vale dizer, o direito à convivência familiar, os julgadores<sup>584</sup> têm o dever de dar a máxima efetividade a este direito, em associação com o princípio do melhor interesse da criança nos casos concretos submetidos a sua apreciação. Em outras palavras, os juízes têm que decidir, nos casos concretos que lhes são submetidos, se a convivência familiar está sendo respeitada e se esta atende ao melhor interesse da criança. Para o exercício deste *mister*, os julgadores desempenham diversas funções, dentre as quais podemos citar a ponderação entre o direito fundamental à convivência familiar e outros direitos fundamentais nos casos de eventual colisão, o exercício do controle periódico da situação das crianças e adolescentes acolhidos de forma a evitar que fiquem privados do direito à convivência familiar indefinidamente, o zelo pelo respeito aos princípios constitucionais estruturantes: dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade, quando de eventual restrição ao direito à convivência familiar, a aferição nos casos concretos de qual seria a melhor forma de assegurar o direito à convivência familiar, ainda que não nos moldes ideais, para atender ao melhor interesse da criança, o estabelecimento de parcerias público-privadas para alcançar o direito fundamental em questão a crianças/adolescentes individualmente considerados.

### 5.3 Os deveres da Administração Pública

Também na esteira das lições de Alexandre de Moraes, o Poder Executivo “constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração”<sup>585</sup>. Nesta esteira, podemos concluir que o Poder Executivo é aquele a quem

---

<sup>584</sup> Referimo-nos aos juízes de primeiro grau, bem assim aos tribunais de segunda instância e tribunais superiores.

<sup>585</sup> Cf. Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, 31ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 492. Sobre o princípio da separação dos Poderes e o Poder Executivo, Alexandre de Moraes complementa: “Apesar de a

incumbe governar e, para o exercício deste *mister*, deve estar adstrito ao cumprimento das leis e, sobretudo, da Constituição, de modo que, aos órgãos administrativos cabe executar as leis, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. Assim como o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, o Poder Executivo e todos os seus órgãos administrativos vinculam-se aos direitos fundamentais, em todas as suas atividades e formas de manifestação<sup>586</sup>. Em que pesem as diretrizes lançadas pelo princípio da legalidade, o fato é que a função administrativa não deve ficar limitada à simples execução da lei. É preciso que se encare o princípio da legalidade inserto no artigo 266º, n.º 2 da CRP e no artigo 37, *caput* da CRFB de forma mais abrangente. Em que pese seja assente que a Administração Pública deve se vincular à lei, não há como fugirmos da ideia de que também deve agir em conformidade com a Constituição, de modo que, hodiernamente, o princípio da legalidade também deve ser compreendido como “princípio da juridicidade da administração”<sup>587</sup>. À Administração Pública cabe, portanto, traçar, adotar e executar políticas públicas para garantir a todas as crianças e adolescentes o direito fundamental à convivência familiar.

Ocorre que, para alcançar este fim, a Administração Pública não pode se limitar ao exercício de deveres de natureza negativa, eis que se vincula também positivamente para assegurar o acesso a este bem de natureza jusfundamental, o que equivale a dizer que os deveres da Administração neste tocante, em grande parte, dizem respeito a prestações materiais. Podemos mesmo afirmar que, mais do que exercer uma gama de deveres de natureza positiva, a Administração deve vincular-se aos direitos fundamentais de forma “pró-ativa”<sup>588</sup>, uma vez

---

clássica separação dos Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988, no art. 2º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, foram consagradas pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes do Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais. O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62- Medidas Provisória) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas”. Cf. *idem, ibidem*, p. 492.

<sup>586</sup> Neste sentido, Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 387. Também no sentido da vinculação da Administração Pública, Paulo Otero adverte que “a vinculação da Administração Pública ao Direito e, por essa via, aos preceitos constitucionais dotados de aplicabilidade direta revela uma subordinação de toda a sua atividade, qualquer que seja o Direito que aplique, à Constituição”. Cf. Paulo Otero, **Manual de Direito Administrativo**, vol. I, 2ª reimpressão da edição de novembro de 2013, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 31.

<sup>587</sup> Sobre o princípio da juridicidade da administração, cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. III, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 798-799. Ao discorrerem sobre o tema, os autores defendem a vinculação da Administração não apenas à Constituição e à lei (em sentido genérico), mas também a todas as normas vigentes na ordem jurídica portuguesa, tais como, as normas de direito internacional.

<sup>588</sup> A expressão é de Jorge Pereira da Silva, que advoga a necessidade de uma postura pró-ativa da Administração Pública frente a sua vinculação aos direitos fundamentais. Cf. Jorge Pereira da Silva, **Deveres do Estado de**

que não basta deixar de interferir na esfera privada das pessoas, abstendo-se de ferir os seus direitos fundamentais, tampouco somente agir de forma positiva para assegurar o acesso das pessoas a bens de natureza jusfundamental após ser instado a fazê-lo. Sob a ótica dos deveres da Administração Pública, os direitos fundamentais são tudo isto concomitantemente<sup>589</sup>. Isto porque é necessário que o Estado (neste caso, por intermédio da Administração Pública) se antecipe e assuma uma postura dinâmica voltada à concretização do direito fundamental em questão, por força do incremento do nível de exigências das sociedades atuais. Por óbvio, as políticas públicas voltadas à realização do direito fundamental à convivência familiar cabem ao Poder Executivo, que, a seu turno, pode exercê-las de maneiras diversas. No entanto, esta discricionariedade não pode ser exercida de modo a esvaziar o conteúdo do direito fundamental em questão. Por tal razão, o Poder Executivo não pode ficar inerte diante da norma da CRFB, que prega o dever da família, do Estado e da sociedade de garantir o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Todos (família, Estado e sociedade) estão consorciados neste sentido e são garantidores do cumprimento deste direito para toda a população infantojuvenil. No entanto, é o Estado, através dos poderes constituídos, que apresenta deveres mais densos e determinados neste campo específico. A inexistência de lei que discipline a maneira em que tal garantia se dará não é fator impeditivo para o desempenho de tais deveres. Como exemplo, podemos citar o fato de que, para além de ser responsável por criar e manter programas de acolhimento daquelas crianças e adolescentes temporariamente ou permanentemente privados da convivência familiar, o Estado-administração tem o dever de fazer com que tais programas se assemelhem, na maior medida possível, a um arranjo familiar, de modo que, se assim não o fizer, estará a ferir a norma constitucional citada. É também com base nesta premissa que a Administração Pública não pode ficar inerte diante da inexistência de um programa de acolhimento em determinada localidade, pois haverá sempre o risco de a convivência familiar estar ameaçada em razão desta omissão administrativa.

Como defendemos no capítulo anterior, algumas normas constitucionais que tratam da convivência familiar não são de natureza programática, pelo que, além de vincularem os poderes constituídos, têm aplicação imediata. De fato, os órgãos estatais têm o dever de conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, sendo que o grau desta eficácia dependerá da norma em análise. Compartilhamos do entendimento de que, ao estabelecer a aplicabilidade

imediate no parágrafo 1º do artigo 5º da CRFB, o legislador constituinte quis diferenciar as normas de direitos fundamentais das demais normas constitucionais, já que a aplicabilidade imediata, a princípio, estende-se a todos os direitos fundamentais. Entretanto, a existência de normas de direitos fundamentais que necessitam de uma atuação concretizadora dos órgãos estatais não lhes retira o atributo da aplicabilidade imediata<sup>590</sup>, principalmente porque há a presunção no sentido da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais.

No que concerne ao direito fundamental tratado neste trabalho, o Poder Executivo pode exercer uma miríade de tarefas com o escopo de concretizá-lo. Não haveria como descrever no âmbito deste trabalho todos os deveres constitucionalmente conferidos à Administração Pública no que concerne à proteção e à concretização do direito à convivência familiar, mas nos arriscaremos a enumerar alguns deveres estatais direcionados ao Poder Executivo neste tocante. É exatamente com escopo na vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais que a Administração Pública tem o dever de assegurar a integridade física, emocional e psíquica de todas as crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente ou em programa de acolhimento familiar<sup>591</sup>, bem assim responder civilmente por eventuais danos a eles causados quando do acolhimento. É esta mesma diretriz que confere à Administração o dever de desenvolver programas de conscientização da população para evitar a cultura da institucionalização, de implementar programas de acolhimento familiar e apadrinhamento afetivo e de capacitar os integrantes dos Conselhos Tutelares e das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens para que possam lidar adequadamente com todas as demandas que lhes são direcionadas. Para além disto, a norma do artigo 23, *caput* e § único do ECA é um outro nítido exemplo de materialização dos deveres da Administração Pública para garantir o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. A partir do momento em que o *caput* do artigo 23 do ECA estabelece que a falta ou a carência de recursos materiais não pode ser uma justificativa relevante para a restrição da convivência familiar entre a criança e a sua família natural através da perda ou da suspensão do poder familiar, isto quer dizer também que o Estado (Administração Pública) atrai para si o dever de incluir obrigatoriamente o núcleo familiar que

---

<sup>590</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 274.

<sup>591</sup> No que se refere aos deveres do Poder Executivo para a garantia da convivência familiar, frisamos que o ECA adotou como uma das diretrizes da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente a municipalização deste atendimento, como estabelece o seu artigo 88, I. A nosso ver, a municipalização permite, ao menos na teoria, uma maior proximidade com a realidade fática das crianças e adolescentes eventualmente privados da convivência familiar.

esteja a vivenciar esta situação de carência de recursos materiais em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção, fortalecendo, pois, a rede de apoio às famílias desestruturadas como forma de evitar a separação entre pais e filhos e uma possível institucionalização (§ único). Há, portanto, inúmeros deveres direcionados expressamente à Administração Pública pelas Constituições de ambos os países e pelas respectivas legislações, com o escopo de auxiliar as famílias na sua função de manter e educar os filhos e também com o fim de garantir a convivência familiar, ainda que indiretamente, dentre eles, o dever estatal de assegurar o ensino básico, universal e gratuito à população infantojuvenil (art. 74º, n.º 2, “a” da CRP e art. 208, I da CRFB). Isto porque o direito-dever dos pais de educação e manutenção dos filhos previsto no artigo 36º, n.º 5 da CRP, a toda evidência, não exclui o dever do Estado de colaborar na educação das crianças e adolescentes, através da garantia do ensino em um sistema público que inclui o ensino básico obrigatório<sup>592</sup>. O artigo 67º, n.º 2 da CRP também atribui ao Estado-administração inúmeros deveres destinados à proteção da família e que resultam também na garantia do direito à convivência familiar, sobretudo no que tange às famílias menos abastadas, tais como, a promoção da criação e da garantia de acesso a uma rede nacional de equipamentos sociais de apoio à família.

Quando o artigo 69º n.º 2 da CRP prega que o “Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”, bem assim quando o artigo 227, *caput*, da CRFB estabelece à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, tais normas, evidentemente, não indicam o caminho exato dos termos em que tal especial proteção se dará. Todavia, parece claro que, a despeito da baixa densidade destas normas, o Estado deve desempenhar tarefas que não esvaziem o seu conteúdo, para que esta proteção ocorra nos moldes preconizados pelo legislador constituinte. Afinal, há um conteúdo mínimo que deve ser respeitado pelo Estado. Como já ressaltamos, dentre as características dos direitos fundamentais, está a aplicabilidade imediata das suas normas, oriunda do artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB e do artigo 18º, n.º 1 da CRP. Partindo da premissa de que não há norma de direito fundamental desprovida de eficácia e aplicabilidade, lembramos que, por menor que seja a densidade normativa de uma norma de direito fundamental, esta sempre terá o condão de gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo que o grau de eficácia

---

<sup>592</sup> Neste sentido, cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 565.

dependerá da forma de positivação no texto constitucional e das especificidades do seu objeto<sup>593</sup>.

É justamente com base nesta premissa que, a título de exemplo, não podemos admitir que a criação de programas de acolhimento familiar ou o fomento da rede de apoio às famílias transitoriamente impedidas de exercer adequadamente as responsabilidades parentais junto aos filhos fique reservada à esfera de discricionariedade do Poder Executivo. Esta função não é facultativa, mas sim um dever que as Constituições de ambos os países abordados neste trabalho conferiram expressamente à Administração Pública. Em certas circunstâncias, sobretudo no Brasil, esta função tem figurado como um instrumento para angariar votos em períodos de eleição ou frutos políticos<sup>594</sup>, contrariando frontalmente os deveres atribuídos ao Poder Executivo pelo legislador constituinte. Constitui também um dever da Administração Pública criar nas instituições de acolhimento um ambiente o mais próximo possível do familiar para crianças e adolescentes acolhidos, bem como capacitar técnicos para bem desempenhar as funções destinadas à proteção dos direitos infantojuvenis. Também é dever do Poder Executivo assegurar a crianças e adolescentes privados da convivência familiar e que estejam sob a sua responsabilidade em programas de acolhimento o acesso a diversos bens de natureza jusfundamental, como a educação, o lazer e a cultura, ainda que algumas destas tarefas possam ser desempenhadas através da articulação e da parceria com entidades privadas ou com a sociedade civil. Por fim, também é com base nos deveres confiados à Administração Pública que as entidades públicas não podem se negar a fornecer informações relativas à família biológica da criança adotada se assim for da vontade desta<sup>595</sup>, mormente em atenção ao

---

<sup>593</sup> Com este entendimento, Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 289.

<sup>594</sup> Como exemplo, podemos citar os programas de acolhimento familiar no Brasil. Há diversos municípios que não possuem tal programa, o que contribui para um panorama extremamente heterogêneo no âmbito da garantia dos direitos infantojuvenis no país. Isto equivale a afirmar que, em tais municípios, crianças e adolescente privados da convivência com a família natural muitas vezes têm que ser necessariamente acolhidos em instituições, o que vai de encontro à determinação constitucional. Na prática, a criação de tais programas acaba por depender da pressão ou da sensibilização exercida pela sociedade civil junto ao poder público. Muito embora a sociedade civil também desempenhe importante função na área dos direitos infantojuvenis, entendemos que a criação de tais programas (que são instrumentos importantes para a garantia da convivência familiar) decorre diretamente de um dever conferido pela CRFB ao Poder Executivo, não havendo, pois, espaço reservado para a discricionariedade neste tocante.

<sup>595</sup> Neste sentido, João Miranda leciona: “A isto acresce que, sendo o direito à informação instrumental do exercício de outros direitos fundamentais, designadamente do direito de participação nas decisões administrativas e do direito fundamental de acesso aos tribunais, não seria admissível uma solução legal distinta consoante o exercício do direito tivesse lugar no desenrolar do procedimento administrativo ou não”. Sobre o nexos entre o direito fundamental de acesso aos tribunais e o direito fundamental à informação relativa a arquivos e registros administrativos, de forma mais completa, cf. João Miranda, “O acesso à informação administrativa não

princípio da audição obrigatória e da participação da criança e do jovem e ao princípio da obrigatoriedade da informação, presentes no artigo 4º da LPCJP (alíneas i e j, respectivamente), bem como ao direito fundamental de acesso aos documentos administrativos insculpido no artigo 268º, n.º 2 da CRP.

## **6. OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR A CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Ainda que com algumas diferenças, as legislações de ambos os países abordados neste trabalho trataram de prever diversos mecanismos para garantir a convivência familiar a crianças e adolescentes. Embora a viabilidade absoluta de determinados direitos não figure como “uma condição” para que estes sejam conferidos às pessoas<sup>596</sup>, é preciso que lhes sejam fornecidos instrumentos para assegurar o exercício de tais direitos. Nesta linha de pensamento, como veremos adiante, as duas Constituições abordadas chegaram a prever um destes instrumentos em seus próprios textos, qual seja, a adoção. Com pequenas diferenças em suas estruturas, veremos que todos são instrumentos que têm em comum o objetivo de assegurar o convívio familiar. Para além de enumerarmos e esquematizarmos tais instrumentos de garantia do direito fundamental à convivência familiar, apresentaremos as principais diferenças entre eles nos dois países e traçaremos uma visão crítica de alguns destes instrumentos, tudo com o escopo de fazer com que as previsões legais possam acompanhar o real sentido do direito fundamental a elas atrelado. Veremos, a partir de agora, quais instrumentos são estes, mas não nos prolongaremos em todos eles, já que o nosso objetivo principal neste capítulo não é esmiuçar tais mecanismos, mas sim estabelecer uma correlação destes com o direito fundamental à convivência familiar, além de abordar algumas questões de maior relevo na atualidade.

---

procedimental das entidades privadas”, in **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia, Separata**, vol. II, Coimbra, 2010, p. 457.

<sup>596</sup> Neste sentido, Amartya Sen prega que a viabilidade não é uma condição necessária para que as pessoas tenham direitos de qualquer natureza, pois se assim fosse, todos os direitos, inclusive o direito à liberdade, seriam vistos como um contra-senso, diante da impossibilidade de se garantir completamente a vida e a liberdade de todos contra qualquer tipo de transgressão, posto que a viabilidade de tais direitos não é total. Nas palavras do autor, “um direito não plenamente realizado não deixa de ser um direito, e, mais do que isso, é um direito que pede remédio, isto é, uma acção reparadora”. Cf. Amartya Sen, **A ideia de Justiça**, trad. Nuno Castello-Branco Bastos com revisão de Madalena Requixa, Coimbra: Editora Almedina, 2009, pp. 504-505.

## 6.1 Guarda

Independentemente do respectivo enquadramento da guarda nos ordenamentos jurídicos de Portugal<sup>597</sup> e do Brasil, inicialmente, em carácter ilustrativo, apenas para facilitar a compreensão do sentido do instituto do qual passaremos a tratar e para servir como ponto de partida, valeremo-nos do conceito de guarda tal como definido pelo Dicionário Aurélio: “Ação de guardar, ato de proteger, de cuidar; proteção, cuidado (...) Ato de ter (alguém ou alguma coisa) sob sua guarda”<sup>598</sup>. Assim, sob este enfoque e com uma perspectiva infantojuvenil, a guarda engloba um feixe de direitos e deveres que redundam no sentido de proteção ou cuidado direccionado àqueles que ainda não atingiram uma determinada idade ou um determinado grau de maturidade para, sozinhos, conduzirem as suas vidas. Portanto, em razão da sua condição de pessoas ainda em desenvolvimento, para que tenham todos os seus direitos garantidos, as crianças e os adolescentes necessitam que alguém (que já atingiu a idade adulta, bem como um certo grau de maturidade) exerça uma função protetiva. Neste sentido, como veremos a seguir, a titularidade para o exercício de tal função pode ser determinada por diversos aspectos, como a filiação, o parentesco, laços afetivos ou, ainda, pela lei. A guarda engloba não só aspectos de natureza jurídico-processual, no sentido da representação legal da criança ou do adolescente em juízo<sup>599</sup>, mas também aspectos fáticos, tais como, os mais mezinhos cuidados diários

---

<sup>597</sup> Para fins didáticos, partimos de um conceito meramente fático e ilustrativo da guarda, sem qualquer conotação jurídico-legal. Todavia, quando adentramos a seara do Direito Civil, a guarda assume *nuances* diferentes. Nesta senda, salientamos que há algum dissenso na doutrina quanto ao exato conteúdo da guarda. A doutrina portuguesa posiciona a guarda como uma das situações jurídicas compreendidas nas responsabilidades parentais, vale dizer, a guarda seria um dos poderes-deveres inseridos no conteúdo das responsabilidades parentais e, ainda assim, abrangeria diversas situações jurídicas. Neste sentido, embora alguns doutrinadores portugueses atribuam uma conotação mais restrita à guarda, concordamos com Jorge Duarte Pinheiro, quando leciona que: “Compete aos pais o poder de guarda e educação, o dever de prover ao sustento, o poder de representação e o poder de administração dos bens do filho menor (art. 1878.º, n.º 1). (...) I- Mediante o poder de guarda, os pais velam pela segurança e saúde dos filhos (...) II- O poder de guarda abarca a vigilância das acções do filho e a regulação das relações deste com outrem que não os pais. (...) III- O poder-dever de guarda confere aos pais a faculdade de decidir no que respeita aos cuidados de saúde. É a eles que incumbe autorizar intervenções ou tratamentos médicos atinentes ao filho”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 223-224. No Brasil, em circunstâncias naturais, a guarda é uma decorrência do poder familiar. Embora no Brasil não haja menção à expressão “responsabilidades parentais”, mas sim a “poder familiar”, entendemos que se trata de questão terminológica, já que são expressões utilizadas para designar o mesmo instituto.

<sup>598</sup> Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>>. Acesso em 08 jul. 2020.

<sup>599</sup> Neste sentido, entendemos pertinente a distinção existente na legislação civil brasileira entre a representação e a assistência. Trata-se de mais um exemplo de tratamento jurídico diferenciado dispensado a crianças e a adolescentes na legislação brasileira. Para o CCB, os absolutamente incapazes são representados em juízo pelos seus representantes legais, ao passo que os relativamente incapazes são assistidos. O artigo 71 do CPC brasileiro estabelece que: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”. Ainda de acordo com o disposto no artigo 3º do CCB: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Por sua vez, o artigo 4º do CCB prega: “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II- (...). Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.



(alimentação, educação, subsistência, dentre outros), além da proteção contra atos prejudiciais oriundos de terceiros<sup>600</sup>.

No Código Civil português<sup>601</sup>, a guarda é um dos desdobramentos do conteúdo das responsabilidades parentais<sup>602</sup> e traduz-se não só em um poder conferido aos genitores, mas também em um dever. Desta forma, em ambos os países, a guarda incumbe aos pais, já que é uma decorrência do poder familiar ou das responsabilidades parentais, e pode ser exercida tanto na constância do casamento ou da união estável, como quando da ruptura de tal casamento ou união ou, ainda, nos casos em que os genitores jamais coabitaram. No ordenamento jurídico brasileiro, para além do disposto no artigo 227, *caput* da CRFB, que estabelece o dever compartilhado pela família, pela sociedade e pelo Estado no sentido de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à convivência familiar, direito este que, na maioria das vezes, vem acompanhado do dever de guarda naturalmente atribuído aos pais, podemos encontrar outra norma constitucional que tangencia a guarda, qual seja, o artigo 229 da Carta Magna. Tal norma dispõe acerca do dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, da mesma forma que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dever de assistir, criar e educar os filhos nada mais é do que uma expressão do dever de guarda estabelecido pela Constituição brasileira e atribuído aos pais, com o objetivo de proteger a pessoa dos filhos. O Código Civil brasileiro dispõe acerca da guarda quando trata da proteção da pessoa dos filhos, bem como quando dispõe acerca do poder familiar. Os pais são naturalmente titulares do poder familiar, que se consubstancia no “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores” e que tem por escopo atender aos interesses do filho (criança ou adolescente) e não somente aos interesses e

<sup>600</sup> O art. 33, *caput* do ECA disciplina o feixe de deveres decorrentes da guarda: prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, bem como o direito de oposição perante terceiros. O dispositivo ressalva que, nos casos em que a guarda não for exercida pelos pais, o guardião pode opor-se, inclusive, aos genitores.

<sup>601</sup> O artigo 1878º do CC estabelece o conteúdo das responsabilidades parentais: “1- Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

<sup>602</sup> De acordo com a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho e de Vital Moreira, as responsabilidades parentais (anteriormente denominadas poder paternal) consubstanciam-se em uma “constelação de direitos e deveres, dos pais e dos filhos, e não um simples direito subjectivo dos pais perante o Estado e os filhos”, pelo que devem ser compreendidas atualmente como “obrigação de cuidado parental”. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 565. A seu turno, Jorge Duarte Pinheiro leciona que as responsabilidades parentais consistem no “conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação e incumbem aos pais com vista à protecção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança**, 1ª edição, Lisboa: Gestlegal, 2020, p. 23.

necessidades dos genitores<sup>603</sup>. A guarda, portanto, é apenas um dos diversos deveres decorrentes do poder familiar<sup>604</sup>, pelo que deve ser compreendida com *grano salis*, não como um sinônimo do poder familiar, mas sim como uma decorrência deste instituto<sup>605</sup>.

O ECA posiciona a guarda também como uma das formas de colocação em família substituta<sup>606</sup> e, em seu artigo 33, densifica o seu conteúdo, ao estabelecer que tal instituto abrange a “prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”.

<sup>603</sup> Com este entendimento, Cf. Patrick Courbe, **Droit de la famille**, 4ème ed., Paris: Ed. Armand Colin, 2005, p. 459.

<sup>604</sup> O artigo 1.634 do Código Civil brasileiro estabelece que o poder familiar consiste na direção da criação e educação dos filhos, no exercício da guarda (unilateral ou compartilhada), na concessão ou negativa de consentimento para o casamento, na concessão ou negativa de consentimento para viagem ao exterior, na concessão ou negativa de consentimento para mudança de residência para outro município, na nomeação de tutor por testamento ou documento autêntico, na hipótese de o outro genitor não lhe sobreviver ou se, vivo, não puder exercer o poder familiar, na representação judicial ou extrajudicial até os dezesseis anos de idade, para os atos da vida civil, bem assim na assistência aos filhos, após o dezesseis anos de idade até os dezoito anos incompletos, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes o consentimento, em reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Por fim, consiste também na exigência de que os filhos lhes prestem obediência e respeito, além dos serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>605</sup> Em termos gerais, a doutrina portuguesa converge no sentido de que não é adequado utilizar a expressão “guarda” como sinônimo do exercício das responsabilidades parentais. Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro assinala que, ainda que seja utilizada também em sentido amplo, a guarda “designa apenas uma das situações jurídicas incluídas nas responsabilidades parentais”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 215. Maria Clara Sottomayor prega que as expressões “guarda conjunta” e “exercício conjunto das responsabilidades parentais” não devem ser utilizadas como sinônimos. Para a autora, o exercício conjunto das responsabilidades parentais traduz-se na partilha das principais decisões a tomar, acompanhada da fixação da residência da criança junto de um dos pais, ao passo que a guarda conjunta não pressupõe a fixação de uma residência habitual da criança, já que nesta modalidade, a criança vive períodos duradouros com cada um dos pais. Assim, cf. Maria Clara Sottomayor, “Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado?”, in Maria Clara Sottomayor/ Maria Teresa Féria de Almeida (Coord.), **E foram felizes para sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio**, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 135-146. Também nesta linha de distinção, Guilherme de Oliveira aduz que se o termo “guarda” for usado no Direito português, será para “designar apenas a guarda física da criança, o cuidado dos progenitores, e não o exercício das responsabilidades parentais”. Afirma o autor que: “Se a palavra guarda estiver demasiado enraizada na linguagem jurídica para se poder prescindir dela, deve tomar-se a precaução de a usar apenas com o sentido de “guarda física”; que pode ser guarda habitual, por parte do progenitor com quem a criança reside habitualmente, ou guarda temporária, por parte do outro progenitor que exerça direitos de visita. Em qualquer destes casos a palavra ‘guarda’ não tem um sentido técnico como já teve, mas apenas um sentido comum, isto é, tem apenas o significado de cuidado na vida corrente do filho, podendo-se falar de um ‘cuidador habitual’ e de um ‘cuidador temporário’ ou ‘ocasional’; a não ser que se esteja perante uma residência alternada, caso em que haverá dois “guardiões habituais”, ou dois “cuidadores habituais”, no âmbito da vida corrente. Por aqui se vê que não acompanhamos os autores para quem, depois de fixada a residência junto de um dos progenitores (art. 1906º, n.º 5), este será o guardião e o outro o não-guardião. Na verdade, no meu modo de entender, ambos terão a guarda, o cuidado, durante o seu tempo de convivência com o filho, seja esse tempo igual para ambos, seja muito diferente para um e para outro”. Cf. Guilherme Oliveira, “A residência alternada na lei nº 61/2008”, in António Menezes Cordeiro/ Eduardo Paz Ferreira/ M. Januário da Costa Gomes/ Jorge Duarte Pinheiro (org.), **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte Real**, Coimbra: Editora Amedina, 2016, pp. 87-88. Para Pedro Raposo de Figueiredo, “(...) da mesma forma que a guarda conjunta não se confunde com o exercício conjunto das responsabilidades parentais, a guarda alternada também não se confunde com a residência alternada”. V. Pedro Raposo de Figueiredo, “A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais. A questão (pendente) do acordo dos progenitores”, in **Revista Julgar**, nº 33, Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 95.

<sup>606</sup> V. art. 28, *caput* do ECA.

Portanto, a guarda (em quaisquer das suas formas de exercício, vale dizer, unilateral, compartilhada ou alternada) é um dos atributos ou um dos deveres decorrentes do exercício do poder familiar<sup>607</sup>, mas também pode ser uma das formas de colocação em família substituta, juntamente com a tutela e a adoção, como prega o *caput* do artigo 28 do ECA. Assim sendo, a guarda pode decorrer de situações jurídicas distintas: Pode decorrer do exercício do poder familiar na constância do casamento ou da união estável, pode decorrer do exercício do poder familiar nas hipóteses em que os pais jamais viveram juntos ou, ainda, pode decorrer do exercício do poder familiar quando da ruptura do casamento ou da união estável, sendo que, nestes dois últimos casos, pode ser exercida de forma unilateral, compartilhada ou alternada, como veremos adiante. Mas, para além de uma decorrência do poder familiar, a guarda também pode configurar uma forma de colocação em família substituta, hipótese em que pode ser atribuída a terceiros<sup>608</sup>.

Em se tratando de convivência familiar entre genitores e filhos, durante o casamento ou durante a união estável, a regra estabelecida pelo Código Civil brasileiro e pelo Código Civil português é similar, na medida em que ambos os diplomas legais pregam que o poder familiar (ou o exercício das responsabilidades parentais) compete a ambos os pais, em igualdade de condições, sendo que, diante da falta ou do impedimento de um deles, o outro exercerá o poder familiar com exclusividade<sup>609</sup>. Porém, mesmo na constância do casamento ou da união estável, é possível a existência de desacordo com relação a determinados aspectos do exercício do poder familiar que envolvam questões relevantes para a vida dos filhos, hipótese em que, tanto a legislação brasileira, como a portuguesa, determinam que a divergência poderá ser dirimida judicialmente<sup>610</sup>. Portanto, quando estamos diante de uma situação em que os genitores de uma

---

<sup>607</sup> V. art. 1630 do CCB: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Por sua vez, o artigo 1634, inciso II, do CCB dispõe: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I- dirigir-lhes a criação e a educação; II- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1584; (...)”. Em boa hora, o atual CCB consagrou a expressão “poder familiar” em substituição à expressão “pátrio poder” que vigorava no Código Civil de 1916. Esta mudança foi ao encontro do princípio da igualdade entre os genitores, cujo imperativo geral encontra respaldo no artigo 5º, *caput* da CRFB. Todavia, ainda não consideramos a expressão “poder”, adotada pelo atual Código Civil brasileiro, a mais adequada para traduzir o real sentido do instituto. Apesar de englobar direitos e deveres, o poder familiar, na verdade, atribui aos pais mais deveres do que propriamente direitos. Neste diapasão, a expressão adotada pelo Código Civil português nos parece mais adequada, na medida em que se refere a responsabilidades parentais e não a um poder.

<sup>608</sup> O § 1º do artigo 33 do ECA prevê a hipótese de deferimento da guarda a terceiros, com o fim de regularizar a posse de fato de criança ou de adolescente. O § 2º do mesmo dispositivo legal prevê a hipótese excepcional de a guarda ser deferida fora dos casos de tutela e de adoção, para atender a situações peculiares ou para suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

<sup>609</sup> V. art. 1631, *caput* do CCB e art. 1901º, n.º 1 e art. 1903º, n.º 1 do Código Civil português.

<sup>610</sup> V. art. 1631, § único do CCB e art. 1901º, n.º 2 e 3 do Código Civil português.

determinada criança ou adolescente vivem juntos, seja por força de casamento ou de união estável, não nos deparamos com maiores complexidades neste tocante. Em tais situações, a lei civil é clara, em ambos os ordenamentos jurídicos ora abordados: as responsabilidades parentais e o poder familiar<sup>611</sup> competem a ambos os genitores, sendo que, em caso de eventual divergência entre eles, caberá ao juiz solucionar o desacordo, sempre com fulcro no princípio do melhor interesse da criança, em razão do que dispõe o artigo 3º, n.º 1 da CDC. Até este ponto, parece não haver dúvidas ou qualquer complexidade.

As problemáticas começam a tomar significativa proporção quando estamos perante uma situação de ruptura do casamento ou da união dos genitores, independentemente do motivo desta ruptura ou, ainda, quando os genitores jamais viveram juntos. Nestes casos, as legislações de ambos os países trazem soluções semelhantes, mas que ostentam algumas pequenas diferenças. O Código Civil brasileiro estabelece que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não afetam a relação entre pais e filhos<sup>612</sup>, e, consequentemente, não afetam o poder familiar, que continua a ser exercido por ambos, embora possam afetar a maneira como a guarda dos filhos será exercida. Destarte, não há que se confundir o poder familiar (e o exercício das responsabilidades parentais) com o exercício da guarda. Por sua vez, o Código Civil português prega que a regra é no sentido de que as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida dos filhos sejam exercidas em comum por ambos os genitores, nos moldes que vigoravam durante o matrimônio, salvo nos casos de manifesta urgência, em que qualquer dos genitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro, assim que possível<sup>613</sup>.

De forma mais completa que o Código Civil brasileiro, o Código Civil português distingue duas situações para dirimir questões relacionadas ao exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, separação judicial, declaração de nulidade ou anulação do casamento, quais sejam, as questões de particular importância na vida dos filhos e os atos da

---

<sup>611</sup> Art. 1.630 do CCB: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

<sup>612</sup> V. artigos 1632 e 1634 do CCB.

<sup>613</sup> V. art. 1906º, n.º 1 do Código Civil português. O art. 1906º do Código Civil português regula o exercício das responsabilidades parentais nas hipóteses de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento).

vida corrente dos filhos, sendo que, em quaisquer destas hipóteses, o princípio do melhor interesse da criança deverá ser a bússola norteadora<sup>614</sup>. Em regra, com relação às questões de particular importância na vida dos filhos, as responsabilidades parentais são exercidas em conjunto, por ambos os pais, a exemplo do que ocorria na constância da união ou casamento<sup>615</sup>. Com isto, o legislador quis dizer que, no que tange às decisões de maior importância na vida dos filhos<sup>616</sup>, a regra é a de que ambos os genitores exercerão o protagonismo neste tocante. Já quanto às decisões da vida corrente<sup>617</sup>, afetas ao cotidiano do filho menor de idade, a regra é a de que estas incumbem ao genitor na companhia de quem o filho estiver naquele momento<sup>618</sup>, vale dizer, incumbem ao genitor com quem o filho estiver a residir no momento da necessidade da tomada de decisão. Em razão da necessidade de dinamismo e por não haver tempo útil para esperar o aval do outro genitor para a tomada das mais pequenas decisões rotineiras, em boa hora o legislador optou por confiar tal tipo de decisão ao genitor em companhia de quem o filho estiver naquele momento. Já no que tange a decisões que terão maior impacto na vida dos filhos e cujos efeitos poderão prolongar-se no tempo, houve uma maior cautela no sentido de fazer com que tais decisões fossem objeto de maior reflexão e incumbissem a ambos os pais. Podemos, portanto, perceber que, tanto o Código Civil português, como o CCB, superaram a fase de atribuição do exercício unilateral das responsabilidades parentais e da guarda unilateral para dar lugar à regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais e da guarda compartilhada, respectivamente. Todavia, diante do fim de um casamento ou de uma união de fato entre os genitores da criança, nem sempre esta regra será de fácil cumprimento pelos juízes e tribunais, pois hipóteses há em que o exercício conjunto das responsabilidades parentais e a guarda compartilhada não atendem ao melhor interesse da criança<sup>619</sup>, como, por exemplo, nos

---

<sup>614</sup> O art. 1906º, n.º 2 do Código Civil português atrela a regra do exercício comum das responsabilidades parentais, no que tange às questões de particular importância para a vida do filho, nos casos de separação judicial, divórcio, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ao princípio do melhor interesse da criança. A nosso ver, tal menção, embora importante, é redundante, pois, como já tivemos a oportunidade de abordar no capítulo 3, o princípio em questão deve ser o norte de toda e qualquer norma que regule interesses da população infantojuvenil, como é o caso das normas que versam sobre as responsabilidades parentais, seja nos casos de constância do matrimônio ou da união de fato, seja nos casos de eventual inexistência ou ruptura desta união ou matrimônio, seja por qual motivo for.

<sup>615</sup> V. art. 1906º, n.º 1 do Código Civil português.

<sup>616</sup> Podemos citar como exemplos deste tipo de decisão: a escola em que o filho irá estudar, a religião a seguir, a decisão acerca da pertinência de uma cirurgia médica de grande vulto, a autorização para uma viagem ao exterior, autorização para casamento, dentre muitos outros exemplos.

<sup>617</sup> V. art. 1903º, n.º 3 do Código Civil português. Como exemplos de decisões que versam sobre atos da vida corrente do filho, podemos enumerar: a decisão acerca da programação do fim de semana da criança, a decisão acerca de uma medicação a tomar por força de uma indisposição momentânea, decisão relativa à alimentação da criança durante o período em que estiver com determinado genitor, etc.

<sup>618</sup> V. art. 1906º, n.º 3 do Código Civil português.

<sup>619</sup> Podemos citar como exemplo as hipóteses em que sobre um dos genitores pesa uma imputação de violência doméstica ou de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças,

casos que envolvem violência doméstica e familiar. Não podemos olvidar que o magistrado estará sempre adstrito não só à observância do princípio da igualdade entre os genitores, mas também e, principalmente, ao princípio do melhor interesse da criança<sup>620</sup>, pelo que, nestes casos, o primeiro princípio deverá ceder perante o segundo.

No contexto brasileiro, a lei n.º 11.698/2008 foi ao encontro do direito fundamental à convivência familiar insculpido no artigo 227 da CRFB e estabeleceu como regra a guarda compartilhada entre os genitores, nos casos de separação, divórcio ou de dissolução da união estável, em detrimento da guarda unilateral<sup>621</sup>. Ao ressaltar que compete a ambos os genitores o pleno exercício do poder familiar, “qualquer que seja a sua situação conjugal”, o legislador fez questão de pontuar expressamente que a dissolução do matrimônio ou da união estável não altera o vínculo parental, tampouco o poder familiar<sup>622</sup>, apesar de, na prática, não ser incomum a diminuição da intensidade da convivência familiar do genitor não guardião. A guarda compartilhada consubstancia-se na situação em que pessoas que residem em locais separados (via de regra, pai e mãe) possuem a guarda jurídica sobre um menor de idade. Em outras

---

caso em que o magistrado pode atribuir o exercício das responsabilidades parentais a apenas um dos genitores. V. art. 1906º-A do Código Civil português.

<sup>620</sup> Art. 1.634 do CCB: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

<sup>621</sup> Sobre a guarda unilateral, Giselle Groeninga defende que as funções parentais restam prejudicadas com a legislação atinente à guarda única. Isto porque, segundo a autora, este tipo de legislação estava atrelada a um “modelo de família em que o casamento era preferencialmente indissolúvel e em que os papéis eram rigidamente divididos. Friso que, atualmente, a família é vista como um sistema em que os integrantes exercem funções complementares, o que implica que não mais ela seja pensada de forma dividida, como o fazia a legislação a respeito da guarda unilateral. E, neste sentido, igualmente há uma confusão na divisão que se faz ao falar do superior interesse da criança e do adolescente como se fosse contrário ao dos pais. Vejo como fundamental frisar que o que existe é, na realidade, o superior interesse da família, sendo que a sua função primordial é a do atendimento e cuidado de seus membros, priorizando-se o grau de fragilidade de cada um. O interesse da criança traduz, assim, a finalidade primeira da família que se estrutura como um conjunto de funções. E ainda, em consequência do conceito de sistema e funções, é necessário dizer que o que afeta um dos membros necessariamente afetará os demais”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 321.

<sup>622</sup> Neste sentido, dispõem os artigos 1.631 e 1.632 do CCB: Artigo 1631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”. Artigo 1.632 do CCB: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

palavras, é “uma forma de custódia que define ambos os pais como detentores do mesmo dever de cuidar dos filhos comuns”<sup>623</sup>. Embora alguns autores brasileiros defendam que a previsão da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro é despicienda<sup>624</sup>, já que o próprio CCB estabelece a desvinculação da relação parental com o *status* de conjugalidade dos pais (art. 1632 do CCB),<sup>625</sup> entendemos que, ao partir da premissa de que a oscilação afetiva das crianças em relação aos adultos de referência em suas vidas é natural e até mesmo necessária para um “amadurecimento saudável”<sup>626</sup>, a previsão legal veio para reforçar o direito fundamental à convivência familiar da criança com estes adultos de referência na sua vida, já que a finalidade deste tipo de guarda, em última análise, é proporcionar uma “efetiva co-participação parental”, sempre em consonância com os interesses do filho<sup>627</sup>.

<sup>623</sup> Cf. Waldyr Grisard Filho, “A guarda compartilhada de filhos no marco das famílias reconstituídas”, in Ana Carolina Brochado Teixeira *et al* (coord.), **Problemas da Família no Direito**, Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2012, p. 177.

<sup>624</sup> Ana Carolina Brochado Teixeira entende que a previsão do instituto da guarda compartilhada não faz muito sentido no contexto brasileiro, em que o poder familiar permanece inalterado mesmo diante da dissolução da conjugalidade, em razão de previsão expressa no código civil. A autora defende que tal instituto foi importado de outros países em que o poder familiar termina com a separação, divórcio ou dissolução da união estável, pelo que a relevância da guarda compartilhada tem sido “muito mais social do que jurídica”, pois ajuda na propagação da ideia de participação igualitária na vida dos filhos, em um cenário atual de irresponsabilidade parental. Cf. Ana Carolina Brochado Teixeira, “A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental”, in Antônio Carlos Mathias Coltro/ Mário Luiz Delgado (coord.), **Guarda Compartilhada**, São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 35-38.

<sup>625</sup> Pedro Raposo de Figueiredo ressalta que, no contexto de proteção da criança, “tem emergido o conceito de parentalidade positiva definida na recomendação do Conselho da Europa de 2006 como um comportamento parental baseado no melhor interesse da criança e que assegura a satisfação das suas principais necessidades (...)”. Cf. Pedro Raposo de Figueiredo, “A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais. A questão (pendente) do acordo dos progenitores”, in **Revista Julgar**, n.º 33, Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 91.

<sup>626</sup> Com relação a este aspecto, Giselle Groeninga afirma: “Com relação à oscilação afetiva das crianças em relação aos adultos, cabe esclarecer que este é um movimento natural e desejável para um amadurecimento saudável. A maior proximidade de um dos genitores e maior afastamento do outro, com os afetos correlatos de amor e agressividade, dependerão da fase de desenvolvimento pela qual passa a criança. (...) É importante frisar que é a necessária oscilação afetiva que fica impedida quando há disputas pela guarda de filhos e estes se transformam em armas de guerra entre os pais. Cuida-se aqui de situação de confronto de direitos que fere o dos filhos e a finalidade da família que deve ter seus vínculos pautados pelo altruísmo”. Cf. Giselle Câmara Groeninga, “Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais”, in Maria Berenice Dias/ Jorge Duarte Pinheiro (coord.), **Escritos de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 316-317.

<sup>627</sup> Perquirir se a guarda compartilhada vai realmente ao encontro do superior interesse da criança em determinado caso concreto não é uma questão de fácil resolução, já que muitos fatores devem ser sopesados. Neste diapasão, Natalie Nikolina pontua que alguns aspectos da guarda compartilhada podem ter um impacto negativo para o atendimento deste superior interesse, ao passo que outros aspectos podem ter uma influência positiva, a depender da situação fática. Deste modo, a autora salienta que, antes de chegarmos a qualquer conclusão neste sentido, tais aspectos (de caráter legal e extra-legal, tais como aspectos ligados à psicologia e à sociologia) devem ser catalogados e sopesados. Cf. Natalie Nikolina, **Divided Parents, Shared Children. Legal aspects of (residential) co-parenting in England, The Netherlands and Belgium**, Cambridge: Intersentia Ltd, 2015, pp. 158-159 (tradução nossa).

Em Portugal, a lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, teve um caráter inovador<sup>628</sup>, não só porque foi a responsável pela alteração do Código Civil no que pertine à substituição da expressão *poder parental* pela expressão *responsabilidades parentais*<sup>629</sup>, na secção II do capítulo II, Título III do Livro IV, mas também pelo fato de ter estabelecido como regra o exercício comum destas responsabilidades por ambos os progenitores em caso de divórcio, separação judicial, declaração de nulidade ou anulação do casamento<sup>630</sup>. A nova lei trouxe a tônica de partilha das responsabilidades parentais como fator fundamental para o desenvolvimento das personalidades dos filhos<sup>631</sup>. A partir do momento em que a convivência familiar foi alçada à categoria de direito fundamental, não podemos olvidar que estão presentes em seu bojo as características da fundamentalidade, universalidade (são direitos de todas as pessoas) e indisponibilidade (nem o Estado e nem mesmo o seu titular podem dispor de tais direitos, em razão da sua importância), características estas comuns a todos os direitos fundamentais. Portanto, qualquer restrição a tal direito não só deverá apresentar uma justificativa relevante, mas também deverá se submeter à observância dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da segurança jurídica. Portanto, não há como restringir este direito fundamental, seja de qualquer dos pais, seja da

<sup>628</sup> Sobre o caráter inovador da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, em matéria de regulação das responsabilidades parentais, cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 565. A seu turno, Jorge Duarte Pinheiro afirma que a norma em questão “está longe de ser um produto original”, eis que tende a ser favorável à “cessação de laços entre cônjuges e progenitores”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais”, in José Lebre de Freitas *et al*, **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Carlos Ferreira de Almeida**, vol. III, Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 485.

<sup>629</sup> Embora ainda subsista a menção à expressão “poder parental” no Código Civil, entendemos que, atualmente, a expressão foi substituída pelo termo “responsabilidades parentais”. Neste sentido, cf. Ana Teresa Leal *et al*, **Poder Parental e Responsabilidades Parentais**, Editora *Quid Juris*, 2009, pp. 9-12. Sobre a expressão “poder parental”, Jorge Duarte Pinheiro observa que esta pode vir a gerar alguma ambiguidade. Em primeiro lugar, porque a expressão nos remete à ideia de que a responsabilidade parental é cabível a qualquer parente, quando, na verdade, cabe, em regra, somente aos parentes em primeiro grau na linha reta ascendente. Em segundo lugar, porque a expressão “poder” é inadequada, posto que os titulares naturais do poder parental ou das responsabilidades parentais não detêm verdadeiramente um poder neste sentido, eis que não o fazem exclusivamente para atender ao seus interesses, mas sim aos dos filhos. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 214.

<sup>630</sup> V. art. 1906º, n.º 1 do Código Civil português. Jorge Duarte Pinheiro ressalta que, após a ruptura da união dos pais, a regra atual é no sentido do exercício comum das responsabilidades parentais pelos pais, independentemente de haver ou não acordo dos pais neste sentido (cf. artigo 1901º do Código Civil). Neste sentido, cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 236-237.

<sup>631</sup> Em uma análise crítica da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e com o intuito de chamar a atenção para algumas ilusões em sede do Direito da Filiação, Jorge Duarte Pinheiro argumenta que esta norma se insere em uma linha de pensamento que desmistifica o divórcio e desvaloriza o vínculo matrimonial perante o Direito da Filiação, conferindo a ideia de que o divórcio pode até mesmo ser benéfico para a criança, a partir do momento em que confere aos pais “a esperança de serem (ou voltarem a ser) felizes”. Todavia, acertadamente, pontua o autor que a ideologia “da criança feliz, porque livre de um casamento infeliz” é oriunda de uma abstração, posto que, via de regra, após o divórcio, é comum que a criança passe a viver com um apenas “um dos progenitores em família monoparental ou numa família reconstituída”, contextos em que é possível a interferência do novo companheiro do progenitor residente. Cf. *idem, ibidem*, pp. 483-485.



criança, sem justificativa relevante e, ainda assim, somente em benefício do filho<sup>632</sup>. Neste diapasão e tendo em conta a tônica de que a proximidade entre os genitores em relação à vida das crianças é essencial para o seu desenvolvimento sadio e para um “processo educativo eficaz”<sup>633</sup>, o legislador português estabeleceu como regra a partilha das responsabilidades parentais, através do seu exercício conjunto.

Todavia, subsistem problemáticas oriundas do estabelecimento do exercício conjunto das responsabilidades parentais como regra nos casos de ruptura de casamentos e uniões. Uma delas está relacionada às hipóteses de existência de conflito entre os genitores, o que acaba por ser muito comum após a dissolução do casamento ou da união de fato<sup>634</sup>. Até que ponto o estabelecimento de tal regra deve prevalecer diante do superior interesse da criança? No caso da guarda decorrente do exercício do poder familiar após a dissolução da união/casamento, defendemos que não há fórmulas certas e apriorísticas para definir o seu exercício. Ao revés. É preciso que abandonemos preconceitos e fórmulas pré-concebidas de modo a partir do pressuposto de que a ausência de consenso entre os genitores, por si só, não impede o exercício da guarda compartilhada.

Uma questão que tem merecido a atenção da doutrina e da jurisprudência, tanto em Portugal, como no Brasil, diz respeito à guarda alternada. Inicialmente, reputamos oportuna a realização de uma distinção entre a guarda alternada<sup>635</sup>, guarda compartilhada e a residência

---

<sup>632</sup> Admitindo a possibilidade de restrição do direito fundamental à convivência em família somente em benefício dos filhos, cf. Belmiro Pedro Welter, “Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família”, in Antônio Carlos Mathias Coltro/ Mário Luiz Delgado (coord.), **Guarda Compartilhada**, São Paulo: Editora Método, 2009, p. 53.

<sup>633</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 566.

<sup>634</sup> Maria Margarida Silva Pereira nos lembra que “a saga das crianças após o divórcio dos pais é muitas vezes a história de longas lides judiciais sobre o exercício das responsabilidades parentais e sobre o seu devido cometimento”. Cf. *idem, ibidem*, p. 570.

<sup>635</sup> Maria Clara Sottomayor defende a ideia de que o exercício conjunto das responsabilidades parentais imposto pelo artigo 1906º, nº 1 do Código Civil português não inclui a residência alternada, posto que o dispositivo citado diz respeito apenas à tomada de decisões particularmente importantes para a vida da criança. Com base nesta premissa, a autora entende que, em que pese a defesa, por parte da doutrina, de modelos mais amplos de exercício conjunto das responsabilidades parentais (como é o caso do exercício conjunto parcial das responsabilidades parentais em actos da vida corrente da criança, devidamente especificados no acordo, o exercício conjunto com residência alternada e o exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo entre cada um dos pais), a residência alternada não é uma solução que deva ser aceita em razão das problemáticas práticas e jurídicas que suscita. Para a autora, a residência alternada vai de encontro ao interesse da criança e “é um conceito que se opõe à obrigação legal do juiz determinar a residência da criança prevista no art. 1906º, nº 5, a qual consiste num conceito jurídico equivalente a guarda e a domicílio, nos termos do art. 85, nº 1, servindo, portanto, de ponto de referência da vida jurídica da criança e não podendo estar sujeito a alterações periódicas”. E prossegue a autora: “A decisão judicial, não obstante o acordo dos pais em estadias alternadas, terá que determinar a residência habitual da criança, elemento importante para a definição do Tribunal competente, para efeitos fiscais e de prestações sociais, bem como para efeitos de prestações de alimentos, evitando que o progenitor que passa menos tempo com

alternada. O que diferencia a guarda compartilhada da guarda alternada é que, a primeira tem por objetivo concretizar a co-participação parental, ao passo que na segunda, prestigia-se a divisão equânime do tempo de convivência com os pais. Na guarda compartilhada, a referência de lar habitual subsiste, ao contrário da guarda alternada, em que há “alternância entre as residências paterna e materna”<sup>636</sup>.

Em que pesem as inúmeras vozes contrárias à residência alternada, temos que esta não pode ser rechaçada *a priori*, somente ao argumento de inexistência de acordo entre os genitores ou de relação conflituosa entre eles, mormente porque este tipo de desavença não é incomum nos casos de uniões desfeitas. Nesta esteira, alinhamo-nos àqueles que pregam a necessidade de desmistificação dos riscos que normalmente estão associados a este modelo de residência, devendo ser observado o melhor interesse da criança como o único critério orientador neste domínio<sup>637</sup>. Em Portugal, embora a temática da residência alternada tenha gerado acaloradas

---

os/as filhos/as, e que não é o cuidador primário destes, tente adoptar este regime para obter descontos na pensão de alimentos”. Neste sentido, Cf. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 6ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 306-308. Em sentido diametralmente oposto, Jorge Duarte Pinheiro defende o exercício alternado das responsabilidades parentais em detrimento da regra atual do exercício comum mitigado das responsabilidades parentais e argumenta que não há dados científicos que comprovem efetivamente a alegação corrente no sentido dos impactos negativos do exercício alternado para a criança, na medida em que esta seria supostamente forçada a mudar de residência de forma constante. Quanto a este aspecto, o autor nos convida a uma reflexão: esta desconfiança endereçada ao exercício alternado das responsabilidades parentais deve subsistir diante da realidade atual, em que deve ser conferida prioridade às pessoas em detrimento das coisas? Em última análise, seria a residência mais importante do que um pai? Para fundamentar o seu ponto de vista, o autor traz à lume três argumentos: a- Este modelo de organização seria o que mais aproximaria-se a uma verdadeira cultura de partilha das responsabilidades entre os pais; b- o modelo seria o mais adequado para assegurar o princípio da igualdade entre os progenitores, de acordo com o disposto nos artigos 13º e 36º, nº 5 da CRP, bem como no artigo 18º, nº 1 da CDC; c- o modelo seria também o que melhor se adequaria ao disposto no artigo 36º, nº 6 da CRP. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, “As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos”, in Marcelo Rebelo de Sousa et al (coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**, vol. VI, Lisboa., 2012, pp. 539-541.

<sup>636</sup> Cf. Ana Carolina Silveira Akel, “Guarda compartilhada. Uma nova realidade para o Direito de Família Brasileiro”, in Antônio Carlos Mathias Coltro/ Mário Luiz Delgado (coord.), **Guarda Compartilhada**, São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 44-45.

<sup>637</sup> Neste sentido, Cf. Pedro Raposo de Figueiredo, “A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais. A questão (pendente) do acordo dos progenitores”, in **Revista Julgar**, nº 33, Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 107-108. O autor afirma que “O tribunal não pode é resvalar em nefelibatismos, idealizando as relações familiares pós divórcio/separação como se elas não fossem, por natureza, marcadas por inimizade ou, pelo menos, ausência de amizade entre os progenitores, conflito e mesmo falta de cooperação entre ambos, ou em posições extremadas, sobrevalorizando aspetos, como o da propalada instabilidade, que são, no fundo, consequências da própria desagregação familiar, com as quais a criança terá que conviver, seja qual for o modelo de residência adotado (...) Neste quadro, a implementação de um modelo de residência alternada, ainda que à margem do acordo dos progenitores, não só não se mostra legalmente prosrita como se apresenta nas melhores condições para responder à obrigação, legalmente prescrita, de, em sede de regulação das responsabilidades parentais, o tribunal tomar decisões que promovam amplas oportunidades de contactos com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidade entre eles”. Ao traçar um cenário futuro para o Direito da Filiação, Jorge Duarte Pinheiro afirma: “A preocupação de instituir maior paridade entre os pais (subjacente à abolição da figura do chefe de família e à instituição preferencial de um modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais aplicável em caso de divórcio) torna plausível o aprofundamento da lógica paritária no exercício das responsabilidades parentais, quando os pais não vivam juntos, mediante a substituição

discussões na doutrina<sup>638</sup>, verificamos que os adeptos dos benefícios<sup>639</sup> deste instituto são em maior número. A tônica dos estudos atuais que gravitam em torno da parentalidade está atrelada a dois aspectos principais<sup>640</sup>, quais sejam, a importância da co-parentalidade no exercício das responsabilidades parentais como forma de viabilizar o desenvolvimento saudável da criança e a igualdade entre pais e mães, como forma de ultrapassar chavões até então arraigados na sociedade. A própria substituição da expressão “poder parental” por “responsabilidades parentais”, operada pela lei n.º 61/2008, já passa a indicar que nenhum dos progenitores pode ter mais poderes do que o outro, já que ambos partilham responsabilidades para com o filho, sujeito de diversos direitos<sup>641</sup>. Neste diapasão, nos tribunais portugueses, há diversos julgados que permitem a residência alternada, como o acórdão relativo à Apelação n.º

---

da regra de exercício conjunto mitigado pela regra de exercício alternado (em que cada progenitor dispõe de igual tempo de contacto com o menor e de igual tempo de exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos de vida corrente do filho), por exemplo, semanal ou mensal”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, “Novos pais e novos filhos: sobre a multiplicidade no Direito da Família”, in Jorge Bacelar Gouveia/ Heraldo de Oliveira Silva, (coord.), **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**, Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 182.

<sup>638</sup> Para um panorama elucidativo acerca da controvérsia doutrinária que gira em torno da residência alternada, em Portugal, Cf. Ricardo Jorge Bragança de Matos, “A presunção jurídica de residência alternada e a tutela do superior interesse da criança”, in **Revista do Ministério Público**, ano 39, n.º 156, Lisboa, 2018, pp. 138-139. Em breves linhas, o autor expõe as posições antagónicas, em sede doutrinária, relativas à matéria da residência alternada e elenca os principais argumentos utilizados pelos autores que defendem cada uma destas posições. Registramos que, na França, houve tentativa de introduzir a regra da residência alternada: “A lei de 4 de março de 2002 tem como objetivo promover a residência alternada: a criança tem legalmente duas residências, e a reforma removeu os direitos de visita e guarda” (tradução nossa). Neste sentido, Cf. Patrick Courbe, **Droit de la famille**, 4e édition, Paris: Ed. Armand Colin, 2005, p. 459.

<sup>639</sup> Neste sentido, podemos citar um importante estudo desenvolvido na Suécia cujo objetivo é demonstrar os benefícios da residência alternada no período pós divórcio, com base em uma pesquisa de dados colhidos pela Universidade de Utrecht. Com base nos dados colhidos no âmbito desta pesquisa, apurou-se que os pais que partilham igualmente do tempo de convivência com os filhos experimentam um maior grau de satisfação em suas vidas do que aqueles que não exercem este tipo de convívio. A pesquisa demonstrou também que pais que partilham igualmente este tempo de convivência com os filhos tendem a apresentar um melhor relacionamento com aqueles, quando em comparação com pais oriundos de um esquema que envolve apenas a guarda unilateral. Neste sentido, Cf. Franciëlla van der Heijden, Michael Gähler/ Juho Härkönen, “Are Parents with Shared Residence Happier? Children’s Postdivorce Residence Arrangements and Parents’ Life Satisfaction”, **Stockholm Research Reports in Demography**, 2015.

<sup>640</sup> Neste mesmo sentido, em trabalho que analisa detalhadamente a Petição n.º 530/XIII/ 3ª, de julho de 2018, Ricardo Jorge Bragança de Matos argumenta: “A proliferação de estudos na área das ciências que se dedicam à infância e à parentalidade tem vindo a sustentar, de forma cada vez mais assertiva, a necessidade de manutenção do envolvimento de ambos os progenitores no acompanhamento do desenvolvimento da criança, pese embora a rutura (ou inexistência) da vida em comum. Tem, além disso, impulsionado um movimento no sentido de aprofundar a igualdade entre mulheres e homens, ao recrutar para a área da parentalidade problemáticas relacionadas com a igualdade de género e ao afirmar a necessidade de reposicionar cada um deles naquela função, descartando estereótipos ultrapassados e desajustados à realidade”. Registramos que o autor tece críticas não à residência alternada em si, mas sim aos moldes em que esta fora abordada na petição enviada à Assembleia da República portuguesa. Em apertada síntese, o autor sustenta que a densidade com que o instituto fora tratado no projeto comprime a autonomia familiar e não se coaduna com a multiplicidade de situações que podem surgir a partir das questões afetas à criança e à parentalidade. Cf. Ricardo Jorge Bragança de Matos, “A presunção jurídica de residência alternada e a tutela do superior interesse da criança”, in **Revista do Ministério Público**, ano 39, n.º 156, Lisboa, 2018, p. 124.

<sup>641</sup> *ibidem*, p. 131.

2261/17.7T8PDL.L1-7<sup>642</sup>, julgada em 27/11/2018, pelo Tribunal da Relação de Lisboa. O julgado versa sobre um caso em que uma determinada criança, cujos genitores já não mantinham uma relação de conjugalidade, padecia de grave deficiência e, por tal motivo, era totalmente dependente dos pais e de terceiros para realizar os atos da vida quotidiana, oportunidade em que o tribunal entendeu que, neste caso concreto, a residência alternada tinha o objetivo de envolver igualmente os genitores no exercício da parentalidade, evitando sacrifícios em intensidades desiguais para cada um deles. Para além disto, neste julgado, o tribunal consolidou o entendimento de que a residência alternada pode ser fixada pelo tribunal mesmo diante da existência de conflito entre os genitores e ainda que estes não concordem com o instituto.

Ainda no que tange à residência alternada, merece destaque a Petição n.º 530/XIII-3<sup>a</sup><sup>643</sup> apresentada pela Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Defesa dos Direitos dos Filhos à Assembleia da República de Portugal em 17 de julho de 2018. O documento tem por fim incorporar ao ordenamento jurídico português um modelo de envolvimento parental mais completo através do estabelecimento da presunção jurídica de residência alternada, com a sugestão de alteração da redação do artigo 1906º do Código Civil português. A petição mantém a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos (pais e mães) no que se refere aos atos de particular importância na vida dos filhos, mas, para além disto, propõe o envolvimento parental de modo simétrico para pais e mães, seja no que tange às responsabilidades parentais e às atividades rotineiras, assim como ao tempo de residência com os filhos. A petição parte do pressuposto de que a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, por si só, não é suficiente para assegurar a igualdade que deve existir entre os genitores no que tange à convivência familiar com os filhos. De acordo com a tónica da petição, há necessidade de um *plus* para que esta igualdade seja atingida, qual seja, a repartição igualitária ou a distribuição harmónica do tempo de convivência de ambos os genitores com os seus filhos. Todavia, notícias recentes dão conta que, em razão da forte

<sup>642</sup> Cf. Processo: 2261/17.7T8PDL.L1-7; Relator: Luis Filipe Sousa; Data do Acórdão: 27/11/2018. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/10988407e6d97c068025838d005c694e?OpenDocument&Highlight=0,2261%2F17.7T8PDL.L1-7>>. Acesso em 08 set. 2020.

<sup>643</sup> Disponível em:

<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfbfd-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>>. Acesso em 02 jun. 2020.

oposição à alteração legislativa proposta, a Assembleia da República ainda não possui data marcada para a discussão da petição<sup>644</sup>.

Embora haja opiniões divergentes sobre a residência alternada na doutrina portuguesa, a maior parte dos autores defende que o instituto seria um instrumento para assegurar o princípio da igualdade entre os genitores, decorrente do disposto no artigo 36º, n.º 3 e 5 da CRP, assim como um contributo para a criação de uma “cultura autêntica de partilha de responsabilidades entre eles”<sup>645</sup>. Esta tendência também pode ser observada nos tribunais portugueses, como se nota do teor do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>646</sup>, que utiliza a igualdade dos genitores como fundamento para a fixação da residência alternada, mesmo diante da inexistência de acordo entre os pais. Neste julgado, ao decidir acerca de um recurso relativo a uma sentença proferida no âmbito de uma ação de regulação de responsabilidades parentais, o tribunal adotou o entendimento de que a residência alternada permite equilibrar o princípio da igualdade entre os genitores e o superior interesse da criança, sendo este último o critério principal a ser observado na fixação da residência da criança nos casos de dissoluções de casamentos e uniões de fato. Para além deste aspecto, o tribunal aduziu que eventual conflito parental não pode ser limitador da escolha que melhor atenda ao interesse da criança.

No contexto brasileiro, ao revés, a guarda alternada não tem encontrado muitos adeptos. Os Tribunais brasileiros costumam acentuar as diferenças deste instituto com relação à guarda compartilhada, normalmente chegando à conclusão de que a guarda alternada não atende ao melhor interesse da criança. Em suma, os argumentos utilizados para rechaçar o instituto giram em torno de possíveis dificuldades emocionais causadas pela instabilidade vivenciada pelos filhos em razão da constante alternância de residências, bem como pelo fato de tal instituto colocar em segundo plano os interesses dos filhos, que figurariam como meros joguetes ou

<sup>644</sup> Disponível em: <<https://expresso.pt/politica/2019-06-14-Lei-sobre-residencia-alternada-cai>>. Acesso em 25 jun. 2019.

<sup>645</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 242-243. Ao chamar a atenção para a situação de desigualdade imposta pelo modelo atual da lei portuguesa para o exercício das responsabilidades parentais nos casos de genitores que jamais viveram juntos ou nos casos de rupturas de casamentos e uniões, o autor aduz que o ideal teria sido a opção do legislador pelo exercício unilateral alternado, que envolveria a repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos genitores. Para demonstrar que o sistema legal português já admite o exercício conjunto das responsabilidades parentais com a guarda alternada, o autor cita o artigo 43º, n.º 6 da Lei n.º 51/2012, de 05 de setembro (Estatuto do Aluno), que, ao tratar do exercício das funções do encarregado de educação, menciona a hipótese do estabelecimento da residência alternada com cada um dos genitores.

<sup>646</sup> V. Acórdão n.º 29241/16.7T8LSB-A.L1-7; Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Ana Rodrigues da Silva; Data do julgamento: 18/06/2019; Meio processual: Apelação.

objetos para atender aos interesses dos genitores. Podemos perceber tal tendência através de alguns julgados, como a Apelação n.º 0006255-21.2015.8.19.0041 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>647</sup>, em 2018, oportunidade em que a Relatora concluiu no sentido de que a guarda alternada não atende ao melhor interesse da criança, mormente quando os genitores não têm uma relação pessoal amistosa, o que pode acarretar reflexos negativos ao estado psíquico do filho menor de idade. Contudo, esta tendência à rejeição da residência alternada nos tribunais brasileiros não equivale a dizer que o instituto não possa ser admitido quando vier ao encontro do melhor interesse da criança, ainda que em alguns casos excepcionais, como podemos observar do teor da Apelação n.º 0015242-92.2014.8.19.0037<sup>648</sup>, julgada em 2020, também pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que concluiu no sentido da inutilidade de qualquer decisão que viesse a modificar o exitoso modelo de guarda e residência alternada até então experimentado em determinado núcleo familiar, de forma benéfica ao filho do casal, sobretudo diante da iminência da sua maioridade.

Embora os tribunais brasileiros não sejam receptivos à residência alternada, o tema ganhou fôlego, no Brasil, com o advento da pandemia decorrente da COVID-19, no início do ano de 2020. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)<sup>649</sup> editou um documento com diversas Recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19<sup>650</sup>. No item 18º da citada Recomendação, o Conselho salienta que crianças e adolescentes filhos de casais a quem tenha sido atribuída a guarda compartilhada ou unilateral não devem ter a sua saúde ou a saúde da coletividade submetidas a risco em razão do cumprimento de visitas ou de períodos de convivência previstos no acordo entabulado entre os genitores ou definido judicialmente. Para tal fim, o Conselho estabeleceu algumas orientações para viabilizar a convivência familiar durante este período, tais como, evitar o deslocamento da criança ou do adolescente e substituir visitas e períodos de convivência por meios de comunicação telefônica ou *on-line*, dentre outras. Neste sentido, a orientação no sentido de evitar deslocamentos acendeu a discussão acerca da adequação da

<sup>647</sup> Cf. Apelação n.º 0006255-21.2015.8.19.0041; Des(a): Jacqueline Lima Montenegro; Julgamento: 06/11/2028-Décima Quinta Câmara Cível.

<sup>648</sup> Cf. Apelação n.º 0015242-92.2014.8.19.0037; Des(a). JDS Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro; Julgamento: 06/03/2020 – Quarta Câmara Cível.

<sup>649</sup> Registramos que, embora seja uma fonte importante de consolidação de entendimentos doutrinários afetos à infância e à juventude, o Conselho citado não vincula o Poder Judiciário, mormente no que tange à questão da guarda, matéria de cunho eminentemente judicial.

<sup>650</sup> O texto completo do documento emitido pelo CONANDA está disponível em: <[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes\\_conanda\\_covid19\\_25032020.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf)> Acesso em 04 jun. 2020.

residência alternada durante o período da pandemia como forma de preservar o direito à convivência familiar, na medida em que diminuiria os deslocamentos constantes<sup>651</sup>. A necessidade de tal orientação surgiu porque a pandemia decorrente da COVID-19 tem gerado inúmeros pedidos judiciais de alteração de acordos outrora homologados judicialmente no que tange ao convívio familiar de um dos genitores com os filhos, nos casos de separação, divórcio ou dissolução de união estável. O fundamento normalmente utilizado diz respeito ao risco de contágio da doença quando do período de convivência da criança com determinado genitor. Entendemos que, exceto nos casos em que houver confirmação ou fundada suspeita da doença de um dos genitores ou nos casos de comprovada conduta irresponsável no que tange às medidas de prevenção ao contágio emanadas das autoridades sanitárias, não há motivo legítimo para a restrição do direito à convivência familiar, pelo que a pandemia não pode servir como uma via oblíqua para a modificação de acordos homologados ou de decisões judiciais<sup>652</sup>. A natureza jusfundamental da convivência familiar não autoriza ilações e presunções infundadas no sentido de que um dos genitores, de antemão, não será capaz de cuidar e proteger o filho durante a pandemia. É preciso que haja algum dado concreto e dotado de gravidade suficiente para fazer com que o direito à convivência familiar seja limitado proporcionalmente quando está em causa o direito à vida da criança. Neste sentido, aliás, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Agravado de instrumento n.º 0021037-83.2020.8.19.0000),<sup>653</sup> em 20/05/2020, oportunidade em que entendeu pela manutenção do regime de visitas anteriormente fixado, diante da inexistência de fatos concretos que evidenciassem a falta de cuidado do genitor com relação ao filho e com relação às medidas de higiene e de distanciamento social determinadas pelas autoridades e, na medida em que os deslocamentos da criança visavam atender ao seu direito à convivência familiar com o pai. Para encerrar a

---

<sup>651</sup> Diante da pandemia decorrente da COVID-19, surgiram vozes a defender que, durante este período, em um contexto de guarda compartilhada, o ideal seria que os filhos cumprissem a quarentena com ambos os pais, em residências alternadas. Neste sentido, cf. Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada*. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de abril de 2020, 17h41 h. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>.

Acesso em 04 jun. 2020.

<sup>652</sup> Também neste sentido, recente decisão do juízo da 4ª Vara de Família de Madureira, no Estado do R.J fixou o entendimento de que a pandemia de COVID-19 não pode servir de pretexto para frustrar o dificultar a convivência entre pai e filho. Em sua decisão, a magistrada ressaltou que ambos os genitores são responsáveis e igualmente interessados na preservação da saúde do filho, advertindo à genitora de que qualquer impedimento injustificado de contato com o pai poderá ser configurado como ato de alienação parental.

Disponível em: <<http://conhecimento.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizarconteudo/5736540/7179838>>. Acesso em 18 jun. 2020.

<sup>653</sup> Cf. Agravado de Instrumento n.º 0021037-83.2020.8.19.0000; Des(a). Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos; Julgamento: 20/05/2020; Décima Oitava Câmara Cível.

abordagem acerca deste tema, cumpre-nos destacar que, na França, a guarda alternada foi proibida pela Corte de Cassação francesa, no ano de 1984<sup>654</sup>.

Por fim, na esteira do que estabelece o artigo 28, *caput* do ECA, a guarda também pode figurar como uma forma de colocação em família substituta, juntamente com a tutela e a adoção. Quando, por alguma razão, os pais falecem ou não conseguem exercer o poder familiar de forma adequada, o que, neste último caso, pode dar azo a uma suspensão ou destituição do poder familiar, a criança (ou o adolescente) precisa de assistência material, moral ou educacional<sup>655</sup>, ainda que exercida por terceiro, para não ficar desamparada, em situação de risco. Portanto, sob esta vertente, a guarda tem por objetivo a regularização de uma posse de fato<sup>656</sup> da criança ou do adolescente por terceiros que não sejam seus genitores e será realizada de acordo com os ditames do ECA. Nesta ótica, a guarda pode ser deferida através de um “procedimento autônomo ou, então, como medida liminar ou incidental, nos procedimentos de tutela e adoção por famílias brasileiras”<sup>657</sup>. O deferimento da guarda acarretará diversas consequências, tanto para o guardião como para a criança/adolescente. Com relação ao guardião, a guarda gera diversos direitos e também deveres. Os direitos conferidos ao guardião coincidem praticamente com os direitos inerentes ao poder familiar e os deveres do guardião abarcam a assistência material, moral e educacional da criança ou adolescente. Como efeito do deferimento desta guarda para as crianças e/ou adolescentes, podemos citar a atribuição da condição de dependente perante o guardião, inclusive para efeitos previdenciários<sup>658</sup>.

Quando a guarda versar sobre uma forma de colocação em família substituta, poderá ser exercida por algum componente da família extensa (ou alargada), por terceiro que não faça parte da família, por família acolhedora ou pelo dirigente de uma determinada instituição de acolhimento. No entanto, nos casos em que a guarda for exercida por terceiro, não podemos

<sup>654</sup> O acórdão é da 2ª Câmara de Direito Civil (Apelação n.º 83-11071, de 02/05/1984). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007013618&fastReqId=638963727&fastPos=1>>. Acesso em 05 jun. 2020.

<sup>655</sup> O artigo 33, *caput*, do ECA traça o conteúdo da guarda sob a vertente de colocação em família substituta. Nos termos do artigo 33, *caput* do ECA, “a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

<sup>656</sup> Neste diapasão, o parágrafo 1º do artigo 33 do ECA dispõe que: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.

<sup>657</sup> Neste sentido, cf. Isabela Pessanha Chagas, **Crianças em família. Medidas de colocação de crianças: Família substituta e família de acolhimento**, Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, Lisboa, 2006, p. 9.

<sup>658</sup> V. art. 33, parágrafo 3º do ECA.



olvidar que, na medida do possível, tal guarda deve ter caráter excepcional e temporário, privilegiando-se outras formas de colocação em família substituta que atendam a um modelo mais estável de convivência familiar.

## 6.2 Tutela

A tutela é o “encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar os seus bens”<sup>659</sup>. Embora o instituto da tutela seja frequentemente associado apenas à regulação da situação patrimonial de crianças e/ou adolescentes cujos pais são falecidos, desconhecidos ou que por algum motivo estejam impedidos ou inibidos de exercer o poder familiar ou as responsabilidades parentais<sup>660</sup>, eis que, tanto no sistema legal brasileiro, como no português, há previsão expressa acerca da administração de bens e/ou rendimentos do tutelado<sup>661</sup>, em sua essência, o instituto também não deixa de proporcionar a crianças e adolescentes que se encontram nesta situação uma forma de convívio familiar. É que, para além do dever de administrar os bens do tutelado, o tutor tem o dever de prestar alimentos, educar, defender<sup>662</sup>, zelar pelos interesses daquele, contando, para tanto, com os mesmos direitos e obrigações dos pais, salvo com algumas restrições inerentes à sua condição. A própria raiz etimológica da palavra tutela está ligada ao sentido de proteger, guardar, defender<sup>663</sup>. Tanto assim é que o Código Civil português dispõe que “o tutor deve exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família”<sup>664</sup>, pois é justamente na falta dos pais que o tutor assume o encargo

---

<sup>659</sup> Cf. Carlos Roberto Gonçalves, **Direito de Família. Sinopses Jurídicas**, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 160. Entendemos que a expressão “encargo” é mais adequada para designar a tutela do que a expressão “poder”, já que, na prática, o instituto abrange muito mais compromissos e deveres direcionados ao pupilo do que poderes. Neste aspecto, concordamos com José Maria Leoni, quando afirma que a tutela é um encargo, pois constitui um múnus público exercido por delegação do Estado”. Cf. José Maria Leoni Lopes de Oliveira, **Guarda, Tutela e Adoção**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000, p. 110.

<sup>660</sup> Registramos que, enquanto o Código Civil português refere-se a “responsabilidades parentais” (v. artigos 1877º a 1920º), o legislador brasileiro optou pela expressão “poder familiar” para designar o conjunto de poderes-deveres dos genitores oriundos da filiação.

<sup>661</sup> V. artigos 1936º e 1943º do Código Civil português e artigo 1741 do CCB.

<sup>662</sup> V. artigo 1740 do CCB.

<sup>663</sup> José Maria Leoni Lopes de Oliveira leciona que podemos alcançar o objetivo do instituto da tutela através da sua origem etimológica, esclarecendo que “*tuere*, proteger, defender, amparar, indica seu objetivo, regulado, nos termos da lei civil (...)”. Neste sentido, Cf. José Maria Leoni Lopes de Oliveira, **Guarda, Tutela e Adoção**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000, pp. 105-106.

<sup>664</sup> V. artigo 1935º, n.º 2 do Código Civil português. Ao ressaltar a tônica da tutela como um meio de suprimento do poder paternal, Míriam Brigas observa que, aos tutores, é exigida atuação similar à paterna. Neste sentido, Cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 910. Ressalvamos que a autora refere-se ao “poder paternal” e não ao poder parental, eis que esta observação foi feita em consonância com o contexto da sua obra, qual seja, a História do Direito da Família Português notadamente até o século XX.

de amparar e proteger aqueles que, em razão da sua pouca idade e inexperiência, não podem viver à própria sorte, tampouco praticar todos os atos da vida civil.

No sistema jurídico-legal português, podemos afirmar que, quando as responsabilidades parentais não são ou, por algum motivo, não podem ser exercidas a contento pelos seus titulares originais, o sistema legal<sup>665</sup> prevê meios de atender ao melhor interesse da criança, seja através da inibição ou limitação ao exercício daquelas responsabilidades, seja através da previsão de medidas de promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens em perigo<sup>666</sup> ou, ainda, por meio de suprimento do poder parental através dos institutos da tutela e da administração de bens<sup>667</sup>. O Código Civil português não define expressamente a tutela, mas a posiciona como um dos meios de suprir o poder parental<sup>668</sup> e elenca as hipóteses para a sua aplicação, no artigo 1921º: falecimento dos pais ou de outros titulares das responsabilidades parentais (se for o caso), inibição do exercício do poder parental quanto à regência da pessoa do filho<sup>669</sup>, impedimento de fato para o exercício do poder parental por mais de seis meses ou em caso de filiação desconhecida<sup>670</sup>.

---

<sup>665</sup> As limitações ao exercício das responsabilidades parentais, a tutela e a administração de bens estão previstas no Código Civil português, nos artigos 1913º a 1915º; 1927º a 1962º e 1967º a 1972º, respectivamente. Por sua vez, as medidas de proteção a crianças e jovens em perigo estão elencadas na LPCJP, a saber, lei n.º 147/99.

<sup>666</sup> No que tange às limitações ao exercício das responsabilidades parentais e às medidas de proteção da LPCJP, Jorge Duarte Pinheiro adverte que tais “instrumentos estão vocacionados para um suprimento temporário das responsabilidades parentais”, já que tais limitações podem ser revogadas a qualquer tempo e as medidas de proteção têm duração fixada por acordo ou decisão judicial. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 252.

<sup>667</sup> V. artigos 1921º a 1950º do Código Civil português.

<sup>668</sup> V. artigos 124º, 1921º a 1962º do Código Civil português.

<sup>669</sup> Nos casos de inibição do poder parental, a tutela deve ser precedida pelo decreto desta inibição, em razão de dolo ou negligência dos pais. Segundo Helena Bolieiro e Paulo Guerra, “não é a tutela o meio idóneo para provar culpas de progenitores. Não é na tutela que se vai discutir o facto culposo e grave do pai inibido – ela já se impõe objectivamente ao juiz da tutela que apenas a decreta pelo facto de outro (ou o mesmo) tribunal, em momento adjectivo necessariamente anterior, ter concluído pela culpa grave dos pais. Só assim se compreende o artigo 1921.º, só assim o sistema se torna coerente”. Cf. Helena Bolieiro/ Paulo Guerra, **A Criança e a Família. Uma questão de direitos**, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 318.

<sup>670</sup> Helena Bolieiro e Paulo Guerra pontuam a necessidade de distinção entre as situações previstas na alínea “b” e “c” do artigo 1921º, n.º 1 do Código Civil português, quais sejam, a inibição do poder parental e o impedimento de fato para este exercício. De acordo com estes autores, para a configuração da situação prevista na alínea “c”, qual seja, a de impedimento do exercício do poder parental, é necessário que os pais queiram exercer as responsabilidades parentais, mas, por motivos alheios à sua vontade, não as possam exercer, por um período superior a seis meses. Já no que tange à inibição do poder parental quanto à regência da pessoa do filho (alínea “b”), os pais não exercem o poder parental porque não querem. Nesta linha de argumentação, afirmam os autores: “Preferimos a seguinte formulação: está impedido de facto de exercer as RP, aquele progenitor que só não o exerce porque não pode, vendo-se impedido fisicamente (por causa que não lhe pode ser subjectivamente imputável) de o fazer. Quem, podendo, não o exerce, age com culpa (dolo ou negligência), capaz de fundamentar uma inibição de tal exercício, condição prévia ao uso da tutela”. Neste sentido, Cf. Helena Bolieiro/ Paulo Guerra, **A Criança e a Família. Uma questão de direitos**, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 318.

A tutela é decretada por meio de uma ação tutelar comum<sup>671</sup> e o seu termo final normalmente coincide com a maioridade ou com a emancipação do tutelado<sup>672</sup>. Quanto ao exercício da tutela, sobreleva registrar que este incumbe a um tutor<sup>673</sup> e ao conselho de família<sup>674</sup>. Ao tutor cabem os mesmos direitos e deveres conferidos aos pais, com algumas restrições, quais sejam, estão sujeitos à fiscalização do conselho de família e do protutor, não podem praticar os atos elencados no artigo 1937º do Código Civil e só podem praticar os atos previstos no artigo 1938º do Código Civil mediante a autorização do tribunal. Embora o Código Civil português também enumere a administração de bens como um dos meios de suprir o poder parental, não abordaremos tal instituto neste trabalho por entendermos que pouca relação tem com a convivência familiar, posto que tal administração se prende à questão patrimonial do tutelado e coexiste com o poder parental ou com a tutela<sup>675</sup>, já que ocorre quando os pais ou demais titulares das responsabilidades parentais tenham sido excluídos, inibidos ou suspensos da administração de todos ou de alguns dos bens do menor ou quando a entidade competente para designar o tutor confie a outrem a administração dos bens do incapaz<sup>676</sup>.

De forma semelhante, no sistema legal brasileiro, a tutela é um encargo<sup>677</sup> atribuído a um adulto capaz e que versa sobre a proteção, guarda, orientação e administração dos bens de crianças e adolescentes cujos pais faleceram, foram declarados ausentes ou decaíram do poder familiar<sup>678</sup>, até que completem a maioridade. A tutela está prevista tanto no CCB<sup>679</sup>, como no ECA<sup>680</sup>. Nos termos do CCB, os filhos menores podem ser tutelados nas seguintes hipóteses: falecimento dos pais, declaração de ausência dos pais e em caso de os pais decaírem do poder familiar. Nestas hipóteses, a nomeação do tutor incumbe aos pais, em conjunto, desde que

---

<sup>671</sup> V. art. 67º do RGPTC.

<sup>672</sup> A tutela também pode findar pela superveniência de uma adoção, com o fim da inibição do poder parental, pela cessação do impedimento dos pais, pelo estabelecimento da maternidade ou paternidade ou ainda pela constituição do apadrinhamento civil. V. artigo 1961º do Código Civil português.

<sup>673</sup> O tutor é pessoa designada pelos pais ou pelo tribunal de menores. V. artigo 1927º do Código Civil português.

<sup>674</sup> V. artigo 1924º, n.º I do Código Civil português.

<sup>675</sup> Jorge Duarte Pinheiro leciona que a tutela e a administração de bens foram concebidas pela lei como instrumentos mais duradouros de proteção às crianças. A despeito disto, a tutela e a administração de bens “ao contrário da adoção e do apadrinhamento civil, não originam relações familiares”. Neste sentido, Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 252.

<sup>676</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 255.

<sup>677</sup> Concordamos com José Maria Leoni Lopes de Oliveira, quando defende que a tutela constitui muito mais um encargo do que um poder. Para o autor, a tutela é um encargo, “pois constitui um múnus público exercido por delegação do Estado, sob a vigilância constante do juiz”. Cf. José Maria Leoni Lopes de Oliveira, *Guarda, Tutela e Adoção*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, pp. 110.

<sup>678</sup> V. art. 1728 do CCB.

<sup>679</sup> V. artigos 1728 a 1766 do CCB.

<sup>680</sup> V. artigo 28, *caput* e artigos 36 a 38, todos do ECA.

detenham o poder familiar quando da nomeação, através de testamento ou outro documento autêntico para tal fim. Ao tutor cabe dirigir a educação do pupilo, defendê-lo, prestar alimentos e administrar os seus bens. Em caso de ausência de nomeação, a tutela recairá sobre os parentes consanguíneos da criança ou do adolescente, mediante a observância da ordem definida no artigo 1731 do Código Civil, sendo que, em caso de falta de tutor testamentário ou legítimo, de exclusão, escusa ou remoção da tutela, a nomeação do tutor caberá ao juiz.

A seu turno, pela forma como a tutela está prevista no ECA, este diploma legal estabelece uma relação mais próxima do instituto com a convivência familiar, a partir do momento em que posiciona a tutela como uma das formas de colocação de uma pessoa menor de dezoito anos de idade em família substituta, ao lado da guarda e da adoção<sup>681</sup>, regulando-a em seus artigos 36 a 38. Assim sendo, na falta dos genitores, nos casos de prévia decretação de perda ou suspensão do poder familiar, o tutor exercerá o poder familiar com todos os seus conseqüências, dentre eles, o próprio convívio familiar, já que a tutela implica necessariamente o dever de guarda<sup>682</sup>. Sobreleva notar que, mesmo nos casos em que os pais tenham nomeado tutor ao filho por testamento, o deferimento da tutela estará sempre adstrito à observância do melhor interesse da criança<sup>683</sup>. A coexistência de normas relativas à tutela no Código Civil brasileiro e no ECA<sup>684</sup> faz com que tenhamos de estabelecer uma distinção entre dois tipos de situações. Esta distinção resulta da análise sistemática do artigo 1734 do CCB e dos artigos 98 e 148, § único, alínea a<sup>685</sup>, ambos do ECA. O artigo 1734 do CCB prega que o juiz nomeará tutor às crianças e aos adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar ou então determinará a sua inclusão em programa de colocação familiar, na forma prevista pelo ECA. Por sua vez, o artigo 98 do ECA define o que podemos considerar como situação de risco para crianças e adolescentes. Por

---

<sup>681</sup> V. artigo 28 do ECA.

<sup>682</sup> V. artigo 36, parágrafo único do ECA.

<sup>683</sup> V. artigo 37, parágrafo único do ECA.

<sup>684</sup> José Maria Leoni Lopes de Oliveira defende que os dispositivos do Código Civil brasileiro e do ECA são compatíveis entre si, mas regulam situações diferentes. Para o autor, “deve-se ter em conta que só correrá perante o órgão judiciário com competência para conhecer dos feitos relativos à infância e juventude, a tutela de menor que se encontre em uma das hipóteses do art. 98 do ECA, isto é, o juiz da infância e da juventude só conhecerá de pedido de tutela em relação a menor que tenha os seus direitos ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta, como deixa claro a letra a do parágrafo único do art. 148 do ECA, ao afirmar que, quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de conhecer de pedidos de tutela”. Cf. José Maria Leoni Lopes de Oliveira, **Guarda, Tutela e Adoção**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000, p. 105.

<sup>685</sup> O artigo 148 do ECA trata da competência da Justiça da Infância e da Juventude. A alínea “a” do seu parágrafo único estabelece: “Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do artigo 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de conhecer de pedidos de guarda e tutela”.

situação de risco, neste caso, devemos entender a situação de efetiva violação dos direitos das crianças e adolescentes ou a ameaça de violação de tais direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou ainda, em razão de sua própria conduta<sup>686</sup>. A seu turno, o artigo 148, § único, alínea a, do ECA fixa a competência da Justiça da Infância e da Juventude para analisar os pedidos de tutela, atrelando tal competência à existência das situações de risco definidas no artigo 98 do mesmo diploma legal. Destarte, a primeira situação diz respeito às crianças e/ou adolescentes cujos pais sejam desconhecidos, falecidos, declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar, mas que não se encontram em situação de risco. A segunda situação versa sobre estas mesmas hipóteses de falecimento dos pais, desconhecimento dos pais, declaração de ausência dos pais, destituição ou suspensão do poder familiar, mas o diferencial é a existência de uma situação de risco para a criança ou para o adolescente, nos moldes do disposto no artigo 98 do ECA, que, por sua vez, atrai a competência da Justiça da Infância e da Juventude para a análise do pedido de tutela como uma das formas de colocação em família substituta (art. 1734 do CCB e art. 148, § único, “a” do ECA).

Poderíamos ainda argumentar que, como a suspensão e a destituição do poder familiar são decretadas judicialmente e têm por fundamento a ausência de cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, por fato imputável aos genitores, via de regra, crianças e adolescentes nesta situação também estarão necessariamente em risco. Alguns autores tendem a associar esta situação de risco à inexistência de bens em nome do pupilo, mas temos que o critério para definir a situação de risco não deve estar somente atrelado a inexistência de bens, pois pode ser que, mesmo com bens, a criança esteja a experimentar alguma situação de risco, por alguma razão. Portanto, diante da coexistência de previsões normativas acerca da tutela no sistema legal brasileiro, reputamos adequado o entendimento de alguns doutrinadores no sentido de que as normas que versam sobre a tutela constantes do CCB são destinadas às crianças e aos adolescentes cujos pais são falecidos, desconhecidos ou declarados ausentes, mas que não se encontram em situação de risco, ao passo que as crianças e os adolescentes nesta mesma situação, porém, submetidos à situação de risco, seja qual for o motivo, deverão ter a tutela regulada pelo ECA<sup>687</sup>.

---

<sup>686</sup> De acordo com a sistemática do ECA, a situação de risco de crianças e adolescentes circunscreve-se a estas hipóteses previstas no artigo 98, incisos I, II e III do ECA.

<sup>687</sup> Por todos, Cf. José Maria Leoni Lopes de Oliveira, **Guarda, Tutela e Adoção**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000, p. 105. O autor defende a compatibilidade entre os dispositivos do CCB e do ECA, desde que se tenha em conta que o Juiz da Infância e da Juventude só conhecerá o pedido de tutela em relação ao menor de

### 6.3 Acolhimento familiar

Quando expusemos o gráfico<sup>688</sup> formulado para demonstrar a situação ideal em termos de convivência familiar, pudemos perceber que o acolhimento institucional figura no topo da pirâmide e representa, portanto, a situação que menos se adequa à concretização deste direito fundamental. É que, por força da natureza jusfundamental da convivência familiar, não há dúvida de que o acolhimento institucional, mesmo como medida protetiva, possui caráter excepcional e temporário e somente deve ser reservado aos casos em que crianças ou adolescentes tenham o seu desenvolvimento inviabilizado ou dificultado em razão de uma prejudicial convivência com o grupo familiar, e, ainda assim, só depois de esgotadas todas as possibilidades de sua manutenção na família natural<sup>689</sup> ou na família extensa. Portanto, na linha de tal gráfico, entendemos que o degrau imediatamente anterior ao acolhimento institucional deveria ser reservado ao acolhimento familiar. Isto porque, em atenção à natureza jusfundamental da convivência familiar, não poderíamos admitir qualquer acolhimento institucional de criança ou adolescente sem antes ser exaurida a possibilidade de acolhimento familiar, e, ainda assim, justificadamente. É que parece ser assente a constatação de que, ainda que não constitua a situação ideal, o acolhimento familiar proporciona um sentimento de pertença quase sempre inexistente no acolhimento institucional, marcado pela despersonificação e ausência de vínculos significativos.

Embora marcado por algumas diferenças, o acolhimento familiar existe tanto em Portugal, como no Brasil, e figura como uma “resposta social de proteção”<sup>690</sup> cujo escopo é

---

idade que tenha os seus direitos ameaçados ou violados, nos moldes dos artigos 98 e 148, § único, alínea a do ECA. Há, ainda, quem defenda que a tutela será regulada pelo CCB nos casos relativos a crianças e adolescentes cujos pais são falecidos, desconhecidos ou declarados ausentes, mas que possuam patrimônio, enquanto o ECA regulará os demais casos. Neste sentido, Cf. Isabela Pessanha Chagas, *Crianças em família. Medidas de colocação de crianças: Família substituta e família de acolhimento*, Relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, Lisboa, 2006, pp. 17-18.

<sup>688</sup> Referimo-nos à estrutura piramidal da convivência familiar abordada no capítulo 3. Quanto à sistematização de tal estrutura, Cf. Nelson Nery Junior/ Martha de Toledo Machado, “O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal”, **Revista de Direito Privado**, vol. 12, São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2002, pp. 11-14.

<sup>689</sup> Sobre a excepcionalidade da medida de acolhimento institucional, Armando Gomes Leandro afirma que, do caráter subsidiário da institucionalização “resulta a co-responsabilidade do Estado e da sociedade civil quer na prevenção da institucionalização, quer na promoção, com segurança, da desinstitucionalização, seja para uma integração familiar, sempre que possível, seja para uma situação de autonomia de vida”. Cf. Armando Gomes Leandro, “Os Direitos das Crianças nas Instituições”, in **Revista do Instituto de Reinserção Social**, n.º 3, 2005, Lisboa, p. 17.

<sup>690</sup> Cf. Natália Fernandes, “Princípios e objetivos do acolhimento familiar”, in Paulo Delgado (Coord.), **Acolhimento familiar de crianças. Pelo direito de crescer numa família**, 2ª ed., Mundos de Vida, 2016, p. 23.

evitar a institucionalização de crianças e adolescentes. Na prática, o que ocorre em ambos os países é que pessoas ou famílias previamente cadastradas, mediante o cumprimento de alguns requisitos, comprometem-se a acolher crianças ou adolescentes, em caráter temporário, como forma de lhes proporcionar o convívio familiar, ainda que tal acolhimento não tenha por objetivo a adoção, já que, em ambos os países, por regra, a família acolhedora não pode se habilitar para adotar o acolhido<sup>691</sup>. A família acolhedora também não se confunde com a família alargada ou extensa, já que uma das exigências para a candidatura ao acolhimento é a de que os acolhedores não tenham relação de parentesco com o acolhido<sup>692</sup>. Embora haja previsão legislativa nos dois países no sentido de que o acolhimento familiar terá preferência com relação ao acolhimento institucional<sup>693</sup>, em nenhum dos dois ordenamentos jurídicos observamos a obrigatoriedade de exaurimento desta via para só então recorrer ao acolhimento institucional, como medida excepcional que é. Tanto assim é que, não raro, vemos magistrados brasileiros a determinarem a medida de acolhimento institucional para algumas crianças e adolescentes, mesmo cientes da disponibilidade do serviço de acolhimento familiar nos municípios em que exercem a jurisdição, sem justificar expressamente o motivo de tal opção e sem que haja previsão de qualquer consequência jurídica para este magistrado em razão deste tipo de decisão, ainda que saibamos que tal escolha certamente terá o condão de impactar negativamente a vida da criança ou do adolescente cujo acolhimento institucional fora determinado<sup>694</sup>. Entretanto, as semelhanças entre os sistemas de acolhimento familiar nos dois países param por aqui, eis que há algumas diferenças substanciais entre eles.

A primeira e, a nosso ver, principal diferença diz respeito à sistematização do instituto. Enquanto em Portugal o acolhimento familiar foi construído em uma base uniforme para todo o país e é atualmente regulado pelo Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro, que revogou quase na totalidade o Decreto-Lei n.º 11/2008, de 17 de janeiro, no Brasil, a instituição de tal serviço ficou praticamente a cargo de cada município. A segunda diferença substancial entre os dois sistemas está atrelada à remuneração, já que, enquanto em Portugal, o acolhimento familiar

<sup>691</sup> V. art. 14º, n.º 1, alínea “b” do Decreto-Lei n.º 139/2019 e art. 34º, § 3º do ECA.

<sup>692</sup> V. art. 12º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>693</sup> V. art. 34, parágrafo 1º do ECA e artigo 46º, n.º 4 da LPCJP.

<sup>694</sup> Ressaltamos apenas a hipótese de o serviço de acolhimento familiar realmente funcionar em determinado município, mas a quantidade de famílias cadastradas não ser suficiente para atender à demanda. Como a disciplina acerca da execução do acolhimento familiar na legislação brasileira não é uniforme, deparamo-nos com a problemática de que cada município organiza o serviço à sua maneira, de modo que a disponibilidade de alguns municípios não é suficiente para acolher todas aquelas crianças e/ou adolescentes que porventura necessitem de tal medida para a sua proteção. Nesta hipótese de ausência de vagas, evidentemente, não defendemos a reprovação da conduta do magistrado que porventura venha a determinar o acolhimento institucional.

pode ser um serviço remunerado, no Brasil, a maior parte dos municípios não estipula qualquer tipo de remuneração direta por tal serviço, mas sim um custeio limitado das despesas do acolhido. Vejamos de forma mais detalhada as peculiaridades do instituto em cada um dos países ora abordados.

Em Portugal, o acolhimento familiar foi construído de forma homogênea e, portanto, vigora igualmente em todo o país. Tanto assim é que o instituto é atualmente previsto no artigo 35º, n.º 1, “e” da LCPCJ como uma medida de promoção e proteção e no artigo 46º da LPCJP, que, por sua vez, traça a sua definição<sup>695</sup> e estabelece os seus pressupostos. Para além disto, é regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro, que estabelece, de forma mais completa, o regime de execução do acolhimento familiar de crianças e jovens em perigo, como uma medida de promoção e proteção executada em regime de colocação. Antes do recente Decreto-Lei n.º 139/2019, o regime do acolhimento familiar era previsto pelo Decreto-Lei n.º 11/2008, que foi revogado quase em sua totalidade, à exceção do n.º 1 do artigo 44-A e dos n.º 1 e 3 do art. 44-B. Quanto ao aspecto da uniformidade, entendemos que o modelo português é o ideal, na medida em que atende ao postulado constitucional da convivência familiar, ostentando mais pontos positivos quando comparado ao modelo brasileiro, ao menos sob o prisma dos principais titulares deste direito.

Embora diferente do modelo atual, o acolhimento familiar existe há muito tempo na sociedade portuguesa, desde a época da roda dos expostos<sup>696</sup>. Nos moldes estabelecidos pelo atual Decreto-Lei n.º 139/2019, o acolhimento familiar tem como pressuposto a previsibilidade de reintegração da criança ou do jovem à família de origem<sup>697</sup> e admite apenas como família de acolhimento pessoa singular, duas pessoas casadas entre si ou que vivam em união de fato ou,

---

<sup>695</sup> O artigo 46º, n.º 1 da LPCJP define o acolhimento familiar como a “atribuição da confiança da criança ou do jovem a uma pessoa singular ou a uma família, habilitadas para o efeito, proporcionando a sua integração em meio familiar e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral”.

<sup>696</sup> Cf. Paulo Delgado, “A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins dos novo regime jurídico”, in **Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, p. 559. No Brasil, a primeira roda de expostos foi criada em 1726, na cidade de Salvador. Este modelo só fora extinto em 1927, pelo artigo 15 do Decreto n.º 17.943-A, de 1927 (Código “Mello Matos”). Cf. Sérgio Luiz Kreuz, **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente. Direitos fundamentais, Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**, Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 21-25. Além de revogar o Decreto-Lei n.º 11/2008 em quase sua totalidade, o Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro, alterou o Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de janeiro (já alterado pela Lei n.º 108/2009, de 14 de setembro e pelo Decreto-Lei n.º 63/2010, de 09 de junho), que regulamenta o regime de execução das medidas de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo.

<sup>697</sup> A previsibilidade de regresso da criança ou do jovem à família natural como base para a execução da medida de acolhimento familiar está insculpida no artigo 2º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro.



ainda, duas ou mais pessoas que tenham laços de parentesco e que vivam em comunhão de mesa e habitação<sup>698</sup>, desde que não tenham qualquer relação de parentesco com o acolhido<sup>699</sup>. Os demais requisitos para a candidatura ao acolhimento familiar estão previstos no artigo 14º do Decreto-Lei n.º 139/2019 e envolvem, dentre outros, um limite de idade<sup>700</sup> (superior a vinte e cinco anos), condições de saúde física e mental, bem como a ausência de inibição ou de limitação do exercício das responsabilidades parentais.

No Brasil, apesar de o artigo 227, *caput* da CRFB dispor acerca do direito fundamental à convivência familiar, o instituto do acolhimento familiar não está previsto expressamente em sede constitucional. Em termos infraconstitucionais, foi o ECA que se incumbiu de disciplinar as linhas gerais do instituto, mas, ao contrário do que ocorre em Portugal, não há um regime jurídico próprio e uniforme para todo o país. Embora consideremos incipiente a disciplina do acolhimento familiar no sistema jurídico-legal brasileiro, não podemos deixar de registrar que, em boa hora, a lei n.º 12.010/2009 alterou a redação do *caput* do artigo 34 ECA e estabeleceu o dever específico direcionado ao poder público no que tange ao estímulo do acolhimento familiar de crianças ou adolescentes afastados do convívio familiar, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios. A mesma lei acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao referido dispositivo legal. Sem deixar de ressaltar o caráter temporário e excepcional de ambas as medidas, o parágrafo 1º do artigo 34 do ECA determina a preferência da inclusão da criança ou do adolescente em programa de acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Por sua vez, o parágrafo 2º do artigo 34 do ECA dispõe que, na hipótese de acolhimento familiar, a pessoa ou a família cadastrada para tal fim receberá a criança ou o adolescente mediante guarda. Ainda no tocante à normatização do acolhimento familiar na legislação brasileira, a lei 13.257/2016 incluiu mais dois parágrafos no artigo 34 do ECA (§§ 3º e 4º). O parágrafo 3º dispõe acerca do dever direcionado à União no sentido de apoiar a implementação de serviços de acolhimento familiar através da criação de políticas públicas neste sentido, ressaltando que tais serviços devem necessariamente contar com equipe

---

<sup>698</sup> V. artigo 12º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>699</sup> V. artigo 12º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>700</sup> Vemos como positiva a eliminação do limite máximo de idade de sessenta e cinco anos outrora existente no art. 14º, n.º 1, alínea “a” do Decreto-Lei n.º 11/2008. Isto porque o Decreto-Lei n.º 11/2008 já previa como requisito à candidatura a existência de condições de saúde necessárias para acolher crianças ou jovens. Ora, no estágio atual de evolução da Medicina e de outras Ciências, é perfeitamente possível que uma pessoa com mais de sessenta e cinco anos de idade ainda esteja em pleno gozo de sua capacidade física e mental a ponto de figurar como acolhedor, de modo que o estabelecimento desta idade máxima parecia-nos despiciendo. Em um cenário de escassez de interessados no acolhimento familiar, temos que a alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 139/2019 foi positiva.

capaz de organizar o acolhimento temporário em residências de famílias previamente selecionadas, capacitadas e acompanhadas, desde que estas não façam parte do cadastro de adoção. A seu turno, o parágrafo 4º permite a utilização de recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento familiar, facultando, inclusive, o repasse de recursos para a própria família acolhedora. Ainda assim, consideramos insuficiente a disciplina do instituto na legislação brasileira, pois a riqueza de detalhes do acolhimento familiar poderia render previsões legais mais específicas e uniformes para todo o país.

Outro aspecto que consideramos importante diz respeito ao fato de que o sistema de acolhimento familiar em Portugal envolve uma contraprestação aos acolhedores por parte das entidades gestoras<sup>701</sup>, eis que as famílias de acolhimento possuem direito a receber um apoio pecuniário pré-determinado, por cada criança ou jovem acolhido, sem prejuízo de subsídios de natureza psicopedagógica e social. É neste aspecto que reside outra diferença entre o sistema de acolhimento familiar brasileiro e o português. Em que pese o fato de algumas leis municipais brasileiras instituidoras do acolhimento familiar preverem o pagamento de um determinado valor aos acolhedores para a manutenção dos acolhidos, não há previsão uniforme de apoio pecuniário com valor pré-determinado à família acolhedora. Quando muito, há previsão de algum tipo de valor simbólico, de auxílio *in natura* para atender às necessidades dos acolhidos ou até mesmo de dedução fiscal em razão dos serviços prestados, mas não de remuneração pelo serviço e não em caráter homogêneo. Tal fato acarreta uma incompreensível disparidade entre o acolhimento familiar no território nacional, de modo que não podemos falar em um verdadeiro sistema de acolhimento familiar em termos uniformes. Portanto, especificamente no que tange ao cenário brasileiro, temos que o regime do acolhimento familiar deveria ser estabelecido em caráter nacional, inclusive no que se refere à remuneração. Ademais, não se discute a necessidade de um auxílio destinado somente ao custeio das despesas do acolhido, mas, a par

---

<sup>701</sup> Os apoios são de natureza não só pecuniária, mas também psicopedagógica e social, nos moldes estabelecidos no acordo de promoção e proteção ou na decisão judicial (artigo 29º do Decreto-Lei n.º 139/2019). Com relação ao apoio pecuniário, este consiste em um subsídio pecuniário mensal que fica a cargo das entidades gestoras (art. 6º, n.º 2, alínea “f” e art. 30º, ambos do Decreto-Lei n.º 139/2019). O valor de tal apoio é estabelecido no Decreto-Lei n.º 139/2019 e pode ser majorado em se tratando de crianças de até seis anos de idade ou com problemáticas e necessidades específicas (art. 30º). O atual Decreto-Lei n.º 139/2019 prevê que as famílias de acolhimento também podem se beneficiar de prestações sociais relativas à parentalidade, bem como a requerer apoios sociais, de saúde e de educação a que a criança ou o jovem acolhido tenham direito (art. 27º, n.º 1 e 2), sem prejuízo de ainda considerar o acolhido membro do agregado familiar ou dependente da pessoa singular ou da família para fins de dedução de Imposto sobre Rendimentos. Na medida em que o subaproveitamento do instituto está ligado não à falta de previsão legal, mas sim à escassez de famílias acolhedoras cadastradas para o efeito, trata-se, a toda evidência, de medida de incentivo e, portanto, salutar. Para além disto, o Decreto-Lei n.º 139/2019 passou a prever um valor maior a título de apoio pecuniário com relação ao Decreto-Lei anterior.

disto, discute-se também se seria adequada a remuneração por este tipo de serviço prestado pelas famílias, na medida em que tal remuneração poderia vir a desvirtuar a motivação para o acolhimento, que, a seu turno, pressupõe a capacidade afetiva dos membros da família candidata. A nosso ver, tal temor não se justifica, já que, a toda evidência, para além do afeto, na realidade, estamos diante de um contrato <sup>702</sup>que envolve uma rigorosa seleção e avaliação periódica das famílias candidatas, a cargo de equipes técnicas, de acordo com requisitos previamente estabelecidos em lei.

Devemos lembrar que, se, por um lado, o próprio Decreto-Lei n.º 139/2019 exige que o acolhedor tenha condições de estabelecer uma relação de afetividade recíproca com o acolhido <sup>703</sup>, já que a finalidade do acolhimento é justamente estabelecer laços afetivos seguros e estáveis entre acolhedores e acolhidos, determinantes para o harmônico desenvolvimento da personalidade destes últimos <sup>704</sup>, por outro lado, o preâmbulo do próprio Decreto-Lei deixa clara a necessidade da qualificação e do acompanhamento técnico do acolhimento, através do rigor na seleção e na formação de acolhedores. Desta forma, defendemos que, no contexto brasileiro, o acolhimento familiar também deve ser remunerado, justamente para reafirmar o caráter profissional do instituto, afastando qualquer resquício de assistencialismo que ainda possa sobre ele pairar. O profissionalismo exigido para o desempenho da função exige uma devida remuneração que, por sua vez, não é incompatível com o afeto que deve existir em tal tipo de relação.

Contudo, a temática da remuneração do acolhimento familiar ainda permanece envolta em muitas controvérsias. Há certa tendência no imaginário comum no sentido de que o sistema de remuneração do serviço contrastaria com o vínculo de afeto entre o acolhido e o acolhedor, pressuposto do instituto. Como bem observa Paulo Delgado, “o dinheiro não pode ser o único motivo para quem decide acolher, mas é um factor importante que não deve ser omitido” <sup>705</sup>. Portanto, além da necessidade de se imprimir caráter profissional ao instituto, há diversos fatores que depõem contra a gratuidade do serviço. A ausência de remuneração pode vir a piorar a qualidade do serviço prestado, posto que há necessidade de preparação e formação contínua

---

<sup>702</sup> V. art. 15º do Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro.

<sup>703</sup> V. art. 2º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>704</sup> V. art. 3º, n.º 1, alínea “b” do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>705</sup> Cf. Paulo Delgado, “A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins do novo regime jurídico”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, p. 565.

por parte das famílias acolhedoras. Afinal, como os acolhedores poderão desenvolver adequadamente as suas competências destinadas a acolher crianças e adolescentes sem qualquer apoio pecuniário? Como efetuar deslocamentos frequentes aos núcleos técnicos para o devido acompanhamento da situação dos acolhidos e como participar dos necessários ciclos de atualização sem qualquer tipo de retribuição financeira por parte do Estado? A seguir tal modelo, acabaremos por chegar à conclusão de que somente as famílias mais abastadas poderiam arcar com tais custos sem o comprometimento da sua subsistência, pelo que as famílias de menor poder aquisitivo seriam privadas da possibilidade de figurarem como acolhedoras, na medida em que a ausência de remuneração do serviço comprometeria o seu próprio sustento.

Do mesmo modo, a gratuidade do serviço de acolhimento pode vir a diminuir sobremaneira a quantidade de interessados em geral, já que não podemos olvidar que, por mais que haja uma real vontade de acolher crianças, tal desejo encontrará entraves reais na necessidade de subsistência das famílias, mormente em tempos de crise. Assim sendo, a redução ou a ausência de interessados habilitados para o acolhimento familiar também poderá se tornar outro reflexo da ausência de contraprestação pelo serviço, o que poderá colocar em risco toda a engrenagem de um instituto destinado a assegurar o direito fundamental à convivência familiar. E não é só. A gratuidade do acolhimento familiar também poderá contribuir para inviabilizar a tônica do próprio instituto, marcado pela temporariedade e pelo contato da família acolhedora com a família natural da criança. É que, a falta de profissionalismo acentuada pela ideia de ausência de remuneração poderá fazer com que as famílias desenvolvam um “sentimento de posse em relação à criança acolhida”<sup>706</sup>. Entretanto, para além de todos estes argumentos, temos que a razão principal para a defesa da necessidade de remuneração do serviço de acolhimento familiar está ligada a uma questão relativamente simples. Nos casos de impossibilidade de cumprimento por parte da família de origem ou pela família extensa, o dever de garantir a convivência familiar passa a ser desempenhado pelo Estado, ainda que a sua execução fique a cargo de particulares. Neste diapasão, o Estado não pode se desincumbir do dever de assegurar a convivência familiar a crianças e adolescentes, sem distinção, reservando o acolhimento institucional a hipóteses excepcionalíssimas, dever

---

<sup>706</sup> Cf. Paulo Delgado, “A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins do novo regime jurídico”, in *Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, p. 566.

este que está expressamente previsto nas Constituições de ambos os países, como já tivemos a oportunidade de abordar.

Em Portugal, a medida de acolhimento familiar pode ser determinada pela Comissão de Proteção de Crianças e Jovens ou pelo Tribunal de Família e de Menores<sup>707</sup> e a sua execução deve estar em sintonia com o acordo de promoção e proteção ou com a decisão judicial, sendo que, para cada acolhido, deve haver um projeto de promoção e proteção individualizado, elaborado por um técnico gestor do processo<sup>708</sup> e que servirá de base para um plano de intervenção<sup>709</sup>. Por sua vez, a gestão do sistema de acolhimento familiar como um todo incumbe ao Instituto da Segurança Social e à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, em colaboração com as instituições de enquadramento<sup>710</sup>. Já o processo de candidatura, a seleção, assim como a formação e a avaliação das famílias de acolhimento incumbem às denominadas instituições de enquadramento<sup>711</sup>. Para além da observância dos requisitos elencados nos artigos 12º e 14º do Decreto-Lei n.º 139/2019, a escolha dos candidatos também tem como requisito a capacidade de estabelecer uma relação afetiva recíproca com o acolhido<sup>712</sup>, assim como uma conduta voltada para facilitar e promover o fortalecimento das relações do acolhido com a sua família de origem<sup>713</sup>, já que a tônica do instituto gira em torno da temporariedade do acolhimento<sup>714</sup>.

O Decreto-Lei n.º 139/2019 atendeu a um anseio por uma reforma do regime de execução do acolhimento familiar, como sinaliza o seu próprio preâmbulo. Esta reforma foi

---

<sup>707</sup> Ainda no que se refere às diferenças principais do instituto nos dois países, cabe destacar que, no Brasil, o acolhimento familiar só pode ser decretado pelo juiz, de acordo com o que dispõem os artigos 101, VIII e 136, I e 146, todos do ECA, ao passo que, em Portugal, a execução da medida de acolhimento familiar pode ser determinada por decisão judicial ou pelas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens, através de acordo de promoção e proteção, pelo que se infere do artigo n.º 5º, n.º 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 139/2019. Todavia, quando se tratar de medida de confiança à família de acolhimento com vista à adoção, esta será da competência exclusiva dos tribunais, pelo que dispõe o artigo 35º, n.º 1, alínea “g” e art. 38º da LPCJP.

<sup>708</sup> V. art. 10º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>709</sup> V. artigos 11º e 19º do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>710</sup> V. art. 6º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>711</sup> As instituições de enquadramento estão previstas no art. 7º do Decreto-Lei n.º 139/2019 e podem ser as próprias entidades gestoras ou então instituições particulares de solidariedade social ou equiparadas que, mediante acordo de cooperação com as entidades gestoras, desenvolvam atividades na área da infância e juventude ou, ainda, a Casa Pia de Lisboa, mediante a celebração de protocolos com as entidades gestoras (art. 7º, n.º 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 139/2019).

<sup>712</sup> V. art. 2º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>713</sup> V. art. 28º, n.º 1, alínea “c” do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>714</sup> Apesar de o acolhimento familiar ter como fim a reintegração do acolhido na família de origem (art. 2º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 139/2019), o próprio Decreto reconhece que há situações de vida em que esta reintegração não será viável e, em seu art. 2º, n.º 3, prevê também como parte da execução da medida a preparação da criança ou do jovem para uma autonomia de vida, a confiança à família de acolhimento com vista à adoção ou o apadrinhamento civil, a depender do caso concreto e nos termos da lei n.º 147/99.

impulsionada principalmente pela necessidade de sensibilizar e de despertar na sociedade uma responsabilidade no sentido do incentivo à constituição de famílias de acolhimento, bem como pela necessidade de valorização e qualificação destas famílias. Nesta toada, o atual Decreto-Lei foi responsável por algumas alterações, a nosso ver, positivas, dentre as quais, podemos citar as seguintes: o estabelecimento expresso de princípios orientadores (art. 4º), a previsão de uma Comissão de Acompanhamento e Avaliação das Medidas de Promoção e Proteção em Regime de Colocação destinada a acompanhar e a avaliar a execução do Decreto-lei n.º 139/2019 (art. 34º), a extinção do limite etário máximo para candidatos ao acolhimento familiar (art. 14º), a eliminação da exigência do exercício do acolhimento familiar como atividade profissional principal ou secundária e a possibilidade de o candidato ser impedido de exercer o acolhimento se tiver sido indiciado, acusado, pronunciado ou condenado por prática de crime doloso contra a vida, contra a integridade física e a liberdade pessoal ou contra a liberdade ou autodeterminação sexual, eliminando a necessidade do trânsito em julgado da sentença criminal (art. 14º, n.º 1, alínea “f”)<sup>715</sup>. Em um contexto de escassez de famílias acolhedoras, o atual Decreto-Lei 139/2019 também operou alterações que, em última análise, figuram como um incentivo à candidatura ao acolhimento, como, por exemplo, o estabelecimento de um apoio pecuniário<sup>716</sup> específico por criança ou jovem acolhido indexado aos apoios sociais e atrelado não só à idade do acolhido, mas também às suas problemáticas e necessidades específicas, a possibilidade de as famílias acolhedoras também serem beneficiadas com prestações sociais relacionadas à parentalidade, além da possibilidade de requererem apoios a que a criança ou jovem tenha direito<sup>717</sup>. Para além disto, o Decreto-Lei n.º 139/2019 passou a considerar o acolhido como membro do agregado familiar ou dependente, para fins de dedução de Imposto sobre Rendimentos de pessoas singulares<sup>718</sup>, além de ter previsto o direito a faltas no âmbito

---

<sup>715</sup> O art. 14º n.º 1, alínea “g” do antigo Decreto-Lei n.º 11/2008 exigia como requisito de candidatura a ausência de condenação por sentença transitada em julgado, por crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e a autodeterminação sexual. Por sua vez, para fins de alojamento do candidato, o atual Decreto-Lei n.º 139/2019 eliminou a exigência do trânsito em julgado da sentença proferida pela prática de tais crimes. Basta que o candidato tenha sido indiciado pela autoridade judiciária, acusado, pronunciado ou condenado, mesmo que sem o trânsito em julgado, para que seja considerado inapto para a função. A toda evidência, trata-se de alteração salutar, na medida em que o simples indiciamento, acusação, pronúncia ou condenação em primeira instância por crimes desta natureza já revelam uma conduta incompatível com a função exercida pelo acolhedor. O próprio Decreto-Lei n.º 139/2019 traz em seu bojo outras maneiras de fomentar o instituto que não envolvem o abrandamento desta importante exigência relativa à idoneidade e à conduta ilibada do candidato, tão essenciais ao desempenho da função.

<sup>716</sup> V. artigos 30º e 35º do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>717</sup> V. art. 27º do Decreto-Lei n.º 139/2019.

<sup>718</sup> V. art. 44º-A, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 11/2008, que permaneceu em vigor por previsão expressa do Decreto-Lei n.º 139/2019.

laboral para a assistência ao acolhido e a licença parental nos casos de acolhedores de crianças de até um ano de idade, nos moldes do Código do Trabalho<sup>719</sup>.

Em que pesem tais alterações, infelizmente, o acolhimento familiar tem sido subaproveitado, tanto em Portugal, como no Brasil, indo de encontro à garantia do direito fundamental à convivência familiar de milhares de crianças e adolescentes, nestes dois países. Em Portugal, notícias recentes<sup>720</sup> demonstram que o número de crianças inseridas em medida de acolhimento familiar tem diminuído sensivelmente a cada ano. Por sua vez, no Brasil, que apresenta uma organização política-administrativa diversa, eis que se consubstancia em uma federação e não em um Estado unitário, não há uma legislação uniforme para disciplinar a sistemática do acolhimento familiar, ao contrário do que ocorre em Portugal, o que desagua em uma disparidade de tratamento de situações semelhantes, como já ressaltamos. Embora o artigo 34 do ECA (através das alterações introduzidas pela lei n.º 12.010/2009 e pela lei n.º 13.257/2016) disponha acerca do acolhimento familiar e reforce o seu caráter principal, quando comparado ao acolhimento institucional, o faz de forma genérica. O dispositivo não regula os pormenores do instituto, tais como, os requisitos para o cadastro e seleção das famílias acolhedoras, os beneficiários do serviço, a forma de remuneração, o modo de instituição, dentre outros aspectos. Em que pese a ausência de disciplina específica dos pormenores do instituto ora tratado, não há dúvidas de que o ECA foi claro quando dispôs que o acolhimento familiar deve ter preferência em relação ao acolhimento institucional. Mas, se há previsão expressa deste caráter preferencial, por qual motivo o modelo institucional ainda concentra o maior número de crianças e adolescentes acolhidos, em ambos os países, em detrimento do ínfimo número de acolhidos em famílias<sup>721</sup>, na contramão do que ocorre em outros países como os Estados Unidos da América, Espanha, Austrália, Reino Unido e Irlanda<sup>722</sup>?

<sup>719</sup> V. art. 27º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 139/2019 e artigo 44º-B, n.º 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 11/2008, que permaneceu em vigor.

<sup>720</sup> Sobre a notícia citada, disponível em: <[https://www.publico.pt/2019/05/22/sociedade/noticia/2018-menos-criancas-acompanhadas-estarem-perigo-819-institucionalizadas-1873723?utm\\_source=notifications&utm\\_medium=web&utm\\_campaign=1873723](https://www.publico.pt/2019/05/22/sociedade/noticia/2018-menos-criancas-acompanhadas-estarem-perigo-819-institucionalizadas-1873723?utm_source=notifications&utm_medium=web&utm_campaign=1873723)>. Acesso em 22 mai. 2019. Disponível também em: <<https://www.publico.pt/2018/12/27/sociedade/noticia/familias-acolhimento-xxxx-1855951>>. Acesso em 22 mai. 2019.

<sup>721</sup> Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/11/20/sociedade/noticia/nao-vao-existir-familias-acolhimento-nao-existirem-meios-fiscalizarem-1851691>>. Acesso em 22 mai. 2019.

<sup>722</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/02/manter-criancas-em-abrigos-como-faz-brasil-prejudica-desenvolvimento.shtml>>. Acesso em 17 fev. 2020.

No Brasil, apesar de a matéria não ser exaustivamente disciplinada por lei federal, o serviço a ela subjacente é considerado de alta complexidade<sup>723</sup>, de modo que a sua instituição fica a cargo de cada município, nos moldes da realidade local. Na prática, cada município tem uma *pseudo* liberdade para instituir o seu respectivo programa de acolhimento familiar através de leis municipais. Isto equivale a dizer que, atualmente, nem todos os municípios brasileiros possuem tais programas instituídos por lei e, ainda assim, dentre aqueles que possuem legislação municipal específica com o fito de instituir o acolhimento familiar, há diferenças substanciais relativas aos seus destinatários e aos requisitos de elegibilidade. Apenas para demonstrar um exemplo desta disparidade, podemos citar o município de São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro, que instituiu o programa “família acolhedora” através da lei municipal n° 313 de 14/12/2010, mas somente engloba crianças na faixa etária de zero a seis anos de idade, ao passo que outros municípios adotam regras diversas, como o município de Cascavel, no Estado do Paraná, que reformulou o acolhimento familiar por intermédio da lei municipal n° 6.831 de 09/04/2018<sup>724</sup>. O art. 5° da referida lei dispõe que o acolhimento é destinado a crianças e adolescentes entre zero e dezoito anos de idade e, excepcionalmente, a jovens entre dezoito e vinte e um anos de idade. Muito embora seja assente o discurso no sentido de que o início do serviço de acolhimento familiar por parte de cada município passa pela sensibilização e articulação da rede de proteção à criança e ao adolescente<sup>725</sup>, ousamos discordar em parte. Em termos legais e práticos, não vislumbramos a necessidade de a instituição do serviço ficar a mercê da sensibilidade dos integrantes do executivo municipal e

<sup>723</sup> V. lei 8.742/93 (art. 2º, I, alínea b, art. 5º, I, art. 6º-A, II, art.. 23, § 2º, I) e Resolução n.º 109/2009.

Disponível em: <<http://www.assistenciasocial.al.gov.br/sala-de-imprensa/arquivos/folder.2010-11-23.9973739377/Tipificao.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2020. A Resolução Conjunta n.º 01, de 18/06/2009, do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) e do CNAS (Conselho Nacional de Assistência Social), alterada pela Resolução Conjunta n.º 02/2010, aprovou um documento relativo a orientações técnicas para os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes, em termos nacionais. Todavia, entendemos que a Resolução citada não supre integralmente a necessidade de uniformização do instituto no país, em termos legais.

Disponível em: <[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/conanda/orientacoes\\_tecnicas\\_crianca\\_adolescente\\_2009.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/conanda/orientacoes_tecnicas_crianca_adolescente_2009.pdf)>. Acesso em 13 jul. 2020.

<sup>724</sup> A íntegra da lei municipal está disponível em:

<[http://www.camaracascavel.pr.gov.br/images/stories/leis/files/6\\_831.pdf](http://www.camaracascavel.pr.gov.br/images/stories/leis/files/6_831.pdf)>. Acesso em 23 set. 2018. O programa instituído no município de Cascavel reduziu sobremaneira o número de instituições de acolhimento e vem servindo de referência para a implementação de programas similares em outros municípios do país. Também é considerado o maior programa de acolhimento familiar para crianças em situação de vulnerabilidade na América Latina. Consulta disponível no sítio <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/parana-programa-de-acolhimento-familiar.aspx>>. Acesso em 23 set. 2018.

<sup>725</sup> Esta orientação é assente no que se refere à instituição do serviço de acolhimento familiar no Brasil. Normalmente, o serviço de acolhimento familiar é municipal, regulado por lei municipal. Como exemplo da orientação mencionada, citamos o Manual de Acolhimento familiar elaborado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/4588702/Manual+de+Acolhimento+Familiar+-+Orienta%C3%A7%C3%B5es+Iniciais/c28d62b6-0f50-242b-4f50-8d3acb0f303c>>. Acesso em 29 jan. 2019.



da respectiva rede de proteção, eis que o arcabouço normativo que envolve o tema já nos fornece a solução. A norma do artigo 227 da CRFB, em cotejo com a norma do artigo 34 e parágrafos do ECA não deixa dúvidas acerca do caráter cogente do instituto, tampouco do dever do Estado para com a instituição do serviço em todo o território nacional, uniformemente. Na medida em que, a cada direito corresponde um dever, o cumprimento deste não pode ficar a cargo de aspectos meramente subjetivos, a depender da vontade do titular deste dever.

Embora consideremos a normatização do acolhimento familiar no sistema jurídico-legal brasileiro incipiente, não podemos deixar de registrar que, em boa hora, a lei n.º 12.010/2009 alterou a redação do *caput* do artigo 34 ECA e estabeleceu o dever específico direcionado ao poder público no que tange ao estímulo do acolhimento familiar de crianças ou adolescentes afastados do convívio familiar, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios. A mesma lei acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao referido dispositivo legal. Sem deixar de ressaltar o caráter temporário e excepcional de ambas as medidas, o parágrafo 1º do artigo 34 do ECA determina a preferência da inclusão da criança ou do adolescente em programa de acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Por sua vez, o parágrafo 2º do artigo 34 do ECA dispõe que, na hipótese de acolhimento familiar, a pessoa ou a família cadastrada para tal fim receberá a criança ou o adolescente mediante guarda. Ainda no tocante à normatização do acolhimento familiar na legislação brasileira, a lei 13.257/2016 incluiu mais dois parágrafos no artigo 34 do ECA (§§ 3º e 4º). O parágrafo 3º dispõe acerca do dever direcionado à União no sentido de apoiar a implementação de serviços de acolhimento familiar através da criação de políticas públicas neste sentido, ressaltando que tais serviços devem necessariamente contar com equipe capaz de organizar o acolhimento temporário em residências de famílias previamente selecionadas, capacitadas e acompanhadas, desde que estas não façam parte do cadastro de adoção. A seu turno, o parágrafo 4º permite a utilização de recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento familiar, facultando, inclusive, o repasse de recursos para a própria família acolhedora. Estas são as únicas disposições legais acerca do acolhimento familiar na legislação brasileira.

Ora, diante da natureza jusfundamental do direito à convivência familiar, não há espaço para qualquer discricionariedade do administrador local neste sentido. Portanto, para aperfeiçoamento do sistema e para efetivação do direito fundamental do qual tratamos neste trabalho, em primeiro lugar, temos que é *mister* a existência de previsão legal, em ambos os

países, no sentido de que somente a efetiva comprovação da impossibilidade do acolhimento familiar em determinado caso concreto é que deveria autorizar o acolhimento institucional, este último, por sua vez, em caráter excepcionalíssimo<sup>726</sup>. Em segundo lugar, defendemos a necessidade de edição de uma lei federal para disciplinar o regime do acolhimento familiar no Brasil, estabelecendo, uniformemente, a idade de seus destinatários, os requisitos para a candidatura à família acolhedora, a forma de contraprestação aos serviços e o seu respectivo valor. No que tange à idade dos destinatários do programa de acolhimento familiar, temos por assente que todas as crianças e adolescentes, independentemente das suas idades, devem ser contemplados com o acolhimento familiar, nos casos em que não houver possibilidade de reintegração à família natural, tampouco de colocação em família substituta. A CRFB e a lei que disciplina a matéria (ECA) não autorizam qualquer distinção neste sentido, o que equivale a dizer que, em se tratando de crianças e adolescentes (com idades compreendidas entre zero e dezoito anos de idade incompletos), qualquer restrição à elegibilidade para o acolhimento familiar em razão da idade será indevida. Como já tivemos a oportunidade de expor, não há dúvida de que os direitos fundamentais são passíveis de limitação, mas esta restrição deve ser imposta por lei e precisa ostentar uma justificação relevante, no sentido de ser indispensável para resguardar outro direito fundamental afeto a todas as crianças e adolescentes. A seguirmos este raciocínio, caso limitado o direito fundamental à convivência familiar através da imposição de determinada idade para o acolhimento familiar<sup>727</sup>, qual seria o argumento relevante ou o outro direito fundamental a ser resguardado para permitir tal limitação? Não vislumbramos justificativa plausível para abraçar este argumento<sup>728</sup>. Mesmo em sendo a primeira infância uma fase importante para formação da personalidade, temos que tal argumento, por si só, não é

<sup>726</sup> No sentido da prevalência da medida de acolhimento familiar sobre a de acolhimento residencial, no ordenamento jurídico português, Jorge Duarte Pinheiro leciona: “O único elemento seguro é o da prevalência da medida de acolhimento familiar sobre a de acolhimento residencial, em especial relativamente a crianças até aos seis anos de idade (cf. art. 46º, n.º 4 e 5, da Lei de Protecção)”. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 280.

<sup>727</sup> Obviamente, dentro da faixa compreendida entre zero e dezoito anos de idade incompletos.

<sup>728</sup> De fato, às crianças e aos adolescentes privados da convivência familiar são conferidos direitos em razão da sua peculiaridade de pessoas ainda em desenvolvimento, mas não há razão que permita a ilação no sentido de que crianças privadas desta convivência precisam mais da convivência familiar do que os adolescentes ou vice-versa. Como sublinha Jorge Miranda, “na Constituição portuguesa, são discriminações positivas (...) a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal (art. 69º, n.º 2)”. Cf. Jorge Miranda, “Sobre o princípio da igualdade”, in Antônio Pedro Barbas Homem/ Paulo Guerra (coord.), **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 79. Partindo do pressuposto de que a CDC e a LPCJP consideram como crianças aquelas pessoas com idades compreendidas entre zero e dezoito anos, nada há, por exemplo, na norma constitucional do artigo 69º, n.º 2 da CRP a autorizar uma distinção entre integrantes desta categoria (crianças órfãs, abandonadas ou privadas da convivência familiar). Da mesma forma, quando o artigo 227 da CRFB prega que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar à criança, ao adolescente e ao jovem, nada observamos no teor da referida norma a autorizar qualquer distinção de graus de proteção a depender das idades dos integrantes deste grupo de pessoas.

suficiente para autorizar uma distinção entre crianças e adolescentes neste tocante, pois haveria uma limitação injustificada de um direito fundamental.

Destarte, nada justifica, por exemplo, que, em determinado município da federação, um adolescente tenha o direito de ser acolhido por uma família como forma de evitar a sua institucionalização, mas, outro adolescente que resida em outro município brasileiro tenha que ser institucionalizado somente pelo fato de não estar contemplado como beneficiário do serviço (em razão da sua idade) pela legislação deste outro município. Em se tratando da realidade brasileira, o estabelecimento de critérios heterogêneos e de idades diferenciadas para a inclusão no programa de acolhimento familiar viola frontalmente o princípio da igualdade<sup>729</sup>, pilar da Constituição da República brasileira<sup>730</sup> e também da Constituição portuguesa<sup>731</sup>.

Não há sequer como argumentar no sentido de que haveria uma discriminação positiva como instrumento para alcançar a igualdade. Afinal, o direito das crianças e adolescentes foi concebido em termos universais, pelo que a todos eles deve ser assegurada a convivência familiar, sem distinções injustificadas. O Estado não se pode abster de criar meios para assegurar a igualdade real entre as pessoas<sup>732</sup>, pois tem não só o dever de impedir discriminações negativas, mas também o de proteger as pessoas contra estas discriminações por intermédio da lei<sup>733</sup>. Portanto, ainda que caiba a cada município a efetiva organização dos pormenores do serviço de acolhimento familiar, bem como a habilitação das famílias e o custeio

<sup>729</sup> Jorge Miranda lembra que “existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade”. Cf. Jorge Miranda, “Sobre o princípio da igualdade”, in Antônio Pedro Barbas Homem/ Paulo Guerra (coord.), **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 44.

<sup>730</sup> O artigo 5º, *caput* e inciso I da CRFB/1988 prega que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”.

<sup>731</sup> O artigo 13º da CRP consagra o princípio da igualdade: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

<sup>732</sup> Como sublinha Jorge Miranda, “não se forma uma sociedade de iguais se os seus membros não têm, antes de mais, o direito de ser iguais. Sem a garantia do direito, a igualdade ficaria privada de efeito (...) E assim porque o Estado não pode desinteressar-se dos meios para produzir uma igualdade real. O Estado não pode limitar-se a garantir uma igualdade real derivada de outra fonte, porque não existe outra fonte. Deve produzi-la, ele mesmo, esta igualdade, se se quer que haja, pelo menos, um início de aplicação. Ora, o meio de que o Estado dispõe para exercer qualquer ação é a lei”. Cf. Jorge Miranda, “Sobre o princípio da igualdade”, in Antônio Pedro Barbas Homem/ Paulo Guerra (coord.), **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 50.

<sup>733</sup> De acordo com Jorge Miranda, “não se trata, de resto, apenas de proibir discriminações. Trata-se também de proteger as pessoas contra discriminações (como diz o artigo 26, n.º 1, *in fine*, introduzido em 1997 e que reproduz quase *ipsis verbis* o art. 7º, 2ª parte, da Declaração Universal)”. Cf. *idem, ibidem*, pp. 53-54.

direto ou indireto da remuneração pelos serviços, tal estrutura deve ser montada em termos homogêneos para todo o país.

E não é só. Mesmo enquanto a matéria não for exaustivamente disciplinada por lei federal, nos moldes por nós defendidos, não será razoável advogar a tese de que não há como obrigar todos os municípios brasileiros a instituírem o serviço de acolhimento familiar, já que tal dever decorre de toda a arquitetura do sistema de proteção integral da infância e da juventude<sup>734</sup>. O artigo 227, *caput* da CRFB de 1988 é claro ao afirmar que é dever do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de qualquer negligência. Por sua vez, não podemos olvidar que o artigo 5º do ECA, da mesma forma, dispõe que qualquer atentado por omissão aos direitos fundamentais das crianças e/ou adolescentes será punido, na forma da lei. No contexto brasileiro, a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente desenvolve-se através de um conjunto articulado de ações governamentais desenvolvidas pela União, pelos Estados, Distrito Federal e municípios<sup>735</sup>, sendo certo que uma das linhas de ação desta política de atendimento engloba programas destinados a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes<sup>736</sup>. Por sua vez, o artigo 88, I do ECA traça a municipalização do atendimento como a primeira diretriz desta política de atendimento a tais direitos. Ao partir do pressuposto de que, quanto mais próximo da realidade local, o administrador teria melhores condições de garantir o atendimento integral dos direitos infantojuvenis, a municipalização do atendimento tem por escopo proteger esta parcela mais vulnerável da sociedade e não dificultar toda a engrenagem do sistema, motivo pelo qual tal previsão legal não pode servir de entrave para a efetivação do direito à convivência familiar, eis que não é dado “interpretar cláusula de proteção à sociedade em desfavor da mesma”<sup>737</sup>.

Portanto, a omissão do Estado relativa a deveres que lhe foram atribuídos expressamente pela própria Constituição ou pela lei não pode ser travestida de discricionariedade. Não há

---

<sup>734</sup> Cf. José Marinho Paulo Júnior, “O poder jurisdicional de supressão de omissões e o acesso à justiça e aos direitos fundamentais menoristas”, in Emerson Garcia (coord.), **A efetividade dos direitos sociais**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 2004, p. 468. Embora referindo-se à obrigação de os municípios criarem Conselhos Tutelares e abrigos, no contexto brasileiro, a afirmação do autor no sentido de que tal obrigação exsurge de um ordenamento jurídico constitucional e legal peculiar encaixa-se nas nossas ponderações acerca do acolhimento familiar.

<sup>735</sup> V. artigo 86 do ECA.

<sup>736</sup> V. art. 87, VI do ECA.

<sup>737</sup> Cf. José Marinho Paulo Júnior, “O poder jurisdicional de supressão de omissões e o acesso à justiça e aos direitos fundamentais menoristas”, in Emerson Garcia (coord.), **A efetividade dos direitos sociais**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 2004, p. 485.

qualquer norma constitucional ou legal que autorize a conclusão no sentido de que a criação do serviço de acolhimento familiar deve ficar ao alvedrio de cada ente municipal. Ao revés, a instituição do serviço de acolhimento familiar, em última análise, consubstancia-se em um mandamento constitucional do qual os entes estatais não podem se afastar, eis que é uma decorrência do direito fundamental à convivência familiar, de modo que não há espaço para qualquer tipo de liberdade do legislador municipal ou da administração pública municipal neste tocante. A instituição do acolhimento familiar deve ocorrer sempre por força do cumprimento de um mandamento constitucional e legal, jamais devendo figurar como um atrativo eleitoral por parte do chefe do executivo ou dos membros do legislativo, no âmbito municipal. Partindo de tal raciocínio, chegaríamos a uma questão: qual é a consequência jurídica caso algum município não institua o acolhimento familiar? A lei brasileira não contempla expressamente qualquer consequência para este tipo de omissão. Assim, podemos chegar a uma outra indagação: o Ministério Público tem legitimidade para intentar uma demanda judicial cujo pedido seja a determinação de uma obrigação de fazer a um determinado município brasileiro no sentido de instituir o serviço de acolhimento familiar por lei municipal? Em sendo o Ministério Público a instituição essencial à função jurisdicional do Estado e a quem incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>738</sup>, dentre eles, a convivência familiar, a nosso ver, a resposta é afirmativa. Isto porque a ausência de lei municipal que institua o serviço em determinada localidade acarreta a necessidade de institucionalização das crianças e/ou adolescentes sem condições de retornar à família natural ou sem chances de colocação em família substituta, pelo que o Poder público estaria, em última análise, omitindo-se do dever de garantir a convivência familiar a crianças e adolescentes, indistintamente, dever este previsto expressamente na própria Constituição e reproduzido pelo ECA. Afinal, dentre as funções institucionais do Ministério Público, está o zelo pelo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CRFB, promovendo todas as medidas necessárias à sua garantia<sup>739</sup>.

O discurso no sentido de que o acolhimento institucional deve ser o último recurso em termos de proteção a crianças e jovens em perigo parece não acompanhar a prática, já que não observamos um investimento por parte do Estado no sentido de fomentar as alternativas já existentes para evitar ao máximo a institucionalização, como é o caso do acolhimento familiar. O instituto não sobreviverá ou estará fadado ao insucesso se não houver um contínuo movimento do Estado e da sociedade destinado a suprir as suas lacunas e imperfeições

---

<sup>738</sup> V. art. 127, *caput* da CRFB.

<sup>739</sup> V. art. 129, II da CRFB.

constatadas na prática. Em Portugal, a necessidade de regulamentação do regime de execução do acolhimento familiar foi ressaltada pela Procuradora-Geral da República<sup>740</sup>, diante de um contexto atual de esvaziamento da medida, ao mesmo tempo em que a mídia portuguesa noticiou a necessidade de regulamentação efetiva do instituto para que deixe de ser uma opção minoritária no contexto nacional<sup>741</sup>. Neste ponto, aplaudimos a lucidez acerca da necessidade deste tipo de reflexão e reafirmamos a premência do abandono de uma concepção assistencialista para dar lugar a uma visão profissional do instituto, como forma de garantir o respeito irrestrito ao mandamento constitucional. Ainda que o acolhimento familiar não confira à criança a estabilidade e a segurança proporcionada por uma adoção<sup>742</sup>, possui a peculiaridade de evitar a despersonalização gerada pela aridez da institucionalização, traduzindo-se, pois, na melhor forma de se atender ao direito fundamental ora tratado neste estudo, nos casos de impossibilidade de retorno à família natural ou à família alargada e de inviabilidade de colocação em família substituta. Afinal, não há dúvida no sentido de que ter uma convivência familiar, ainda que em caráter não permanente, é melhor do que não ter convivência familiar alguma. Já é chegada a hora de evitar algumas fantasias neste domínio e admitir que muitas famílias de origem jamais terão condições de receber as suas crianças de volta ou realmente não terão tal desejo<sup>743</sup> e que muitas destas crianças também não se encaixarão no perfil desejado pelos habilitados à adoção, o que equivale a dizer que, se não houver a adequada execução do instituto do acolhimento familiar nestes casos, elas estarão fadadas à institucionalização, quiçá para o resto das suas vidas.

Em que pese o esforço de ambos os países no sentido da sistematização e do aperfeiçoamento do instituto, ainda observamos um tímido recurso à aplicação do acolhimento familiar. Ainda que os números sejam mais elevados no Brasil, temos que tal se deve mais à dimensão continental do país do que a um incentivo à cultura do acolhimento familiar em

---

<sup>740</sup>Disponível em: <[https://www.publico.pt/2019/01/15/sociedade/noticia/lucilia-gago-quer-investigacoes-delinquencia-juvenil-1857927?utm\\_source=notifications&utm\\_medium=web&utm\\_campaign=1857927](https://www.publico.pt/2019/01/15/sociedade/noticia/lucilia-gago-quer-investigacoes-delinquencia-juvenil-1857927?utm_source=notifications&utm_medium=web&utm_campaign=1857927)>. Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>741</sup> Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/11/20/sociedade/noticia/nao-vao-existir-familias-acolhimento-nao-existirem-meios-fiscalizarem-1851691>>. Acesso em 15 jan. 2019.

<sup>742</sup> Neste sentido, Paulo Delgado argumenta que, quando comparado à adoção, o acolhimento familiar não oferece o mesmo grau de estabilidade ou de certeza para acolhedores e acolhidos. Cf. Paulo Delgado, “A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins dos novo regime jurídico”, in **Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, p. 562.

<sup>743</sup> Helena Bolieiro argumenta que a existência de vínculos afetivos próprios da filiação, desde que estes não se encontrem seriamente comprometidos, é condição essencial para o investimento na família biológica quando se trata da reintegração da criança ou do jovem na família de origem. Cf. Helena Bolieiro, “O Direito da Criança a uma Família: algumas reflexões”, in Armando Leandro/ Álvaro Laborinho Lúcio/ Paulo Guerra (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 104.

substituição ao acolhimento institucional. Portanto, para que o instituto não caia em ostracismo, defendemos que o foco dos juristas de ambos os países deve ser direcionado especificamente a aos seguintes tópicos principais:

- 1- Divulgação do serviço, em ambos os países, para que haja a adequada compreensão e desmistificação do instituto, de forma a viabilizar um número maior de candidatos habilitados;
- 2- Necessidade de abandono de uma concepção assistencialista para ceder espaço a uma visão profissional do instituto;
- 3- Devida e justa remuneração dos serviços para os acolhedores, sem prejuízo do custeio das despesas dos acolhidos;
- 4- Necessidade de capacitação contínua para os acolhedores e de uma equipe técnica qualificada para a seleção de candidatos e para o acompanhamento da medida;
- 5- Necessidade de edição de lei federal para disciplinar uniformemente a matéria em todo o território nacional brasileiro, a exemplo do que ocorre em Portugal;
- 6- Necessidade de previsão legal expressa, em ambos os países, de que somente poderá haver o acolhimento institucional quando justificada a efetiva impossibilidade de acolhimento familiar em determinado caso concreto, posto que, no que se refere à situação de cada criança, as execuções destas duas medidas devem ser excludentes entre si e não concomitantes.

#### 6.4 Apadrinhamento

As crianças institucionalizadas por um significativo período de tempo e com laços afetivos inexistentes ou esgarçados com as famílias de origem tendem a procurar uma figura de referência<sup>744</sup>. Ocorre que, em uma instituição de acolhimento, esta referência geralmente é frágil, em razão da volatilidade do vínculo existente entre os acolhidos e os acolhedores, já que estes últimos normalmente são restritos aos cuidadores e à equipe das instituições, em geral. Ora, no âmbito de uma instituição de acolhimento, ainda que desenvolvam verdadeiras trocas afetivas com os acolhidos, os cuidadores não deixam de ser pessoas que desempenham as suas funções baseadas em um vínculo empregatício, independentemente da sua natureza contratual,

---

<sup>744</sup> Cf. Aline Teixeira, “Projeto de Apadrinhamento Afetivo e os Desdobramentos da Lei Estadual 7.149, de 17.12.2015”, in Sávio Bittencourt (Coord.), **Adoção e o Direito de viver em família. Famílias em Concreto e os Grupos de Apoio à Adoção**, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 102.

circunstância esta que é percebida pelos acolhidos e tende a ser uma grande fonte de insegurança para eles. Portanto, em um contexto em que, não raro, predomina a sensação de abandono e de falta de referências potentes, o apadrinhamento surge como uma “proposta alternativa de convivência familiar”<sup>745</sup> para aquelas crianças e adolescentes institucionalizados e com possibilidades remotas de reintegração familiar ou de colocação em família substituta, o que ocorre geralmente em razão da idade mais avançada do acolhido (crianças maiores ou adolescentes) ou em razão de alguma doença crônica, de sérios problemas de saúde, ou, ainda, nos casos de acolhimento de grupos de irmãos.

Partindo desta premissa, concluímos que, para que haja o desenvolvimento da sua personalidade, a criança ou o adolescente acolhido precisa estabelecer e consolidar algum tipo de vínculo afetivo extra-institucional que viabilize o conhecimento de outras realidades e vivências ainda não experimentadas. As crianças e adolescentes acolhidos precisam de um olhar externo para se sentirem admiradas e amadas fora do âmbito institucional, que, por sua própria natureza, tende a ser padronizador. Esta sensação de pertencimento pode ocorrer de várias formas. Ela pode se manifestar através de um simples conselho do padrinho para o seu futuro, de um elogio por uma nota alcançada na escola, de uma experiência gratificante proporcionada por um passeio de fim de semana, por uma viagem de férias, pela chance de cursar uma universidade, dentre tantos outros exemplos que a riqueza gerada pelo afeto humano não nos permitiria aqui citar. Em outras palavras, é importante que crianças e adolescentes acolhidos sintam que alguém realmente por eles sente afeto e com eles se importa, independentemente do dever profissional, para que possam desenvolver trocas afetivas verdadeiras que lhes proporcionem um sentimento de pertencimento. Mesmo ciente de que eventualmente não será adotada, é muito importante para a criança acolhida ter esperança no que diz respeito ao seu futuro, ao saber que, de algum modo, possui um porto seguro fora daquele espaço institucional. Portanto, o apadrinhamento é mais um instrumento para concretizar o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes, através do estabelecimento de vínculos externos ao sistema de acolhimento, ainda que não resulte em adoção. É claro que, em termos de convivência familiar, como veremos adiante, o apadrinhamento cria um vínculo que pode ser considerado precário quando comparado à adoção. Não há dúvida de que, para além da reintegração à família de origem (desde que em segurança), a adoção seria a situação ideal para fins de garantia à convivência familiar a estes acolhidos, posto que definitiva. Todavia, não

---

<sup>745</sup> Cf. *idem, ibidem*, p. 103.



podemos ignorar o fato de que, por mais que desejemos que seja diferente, algumas crianças e adolescentes simplesmente completarão a maioridade sem serem adotados ou reintegrados às famílias de origem. Neste aspecto, torna-se fundamental realizar uma ponderação entre as vivências potencialmente transformadoras proporcionadas pelo apadrinhamento a grande parte dos acolhidos e uma eventual frustração causada pelo insucesso do instituto em determinado caso concreto. Ora, ainda que o vínculo gerado pelo apadrinhamento não seja tão potente como aquele proporcionado pela adoção, em termos de desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, é melhor do que a ausência de qualquer tipo de vínculo. Destarte, a nosso ver, não poderíamos rechaçar de antemão o apadrinhamento somente ao argumento de que este instituto proporcionaria aos acolhidos um vínculo mais frágil do que o da adoção, posto que não seria justo privá-los de possíveis experiências gratificantes e que poderiam impulsionar o desenvolvimento saudável de suas personalidades, por receios ainda infundados. Ainda que, em determinados casos, o apadrinhamento possa gerar frustração a alguns apadrinhados, como por exemplo, em razão de eventual abandono do programa por parte do padrinho (justamente com espreque no caráter precário do instituto, quando comparado à adoção), temos que reconhecer que alguns riscos fazem parte do movimento natural da vida e podem ocorrer até mesmo em outras situações fora do âmbito do apadrinhamento, motivo pelo qual não podem, à partida, servir como fundamento para afastar as inúmeras potencialidades do instituto.

Em Portugal, a lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil, que se aplica uniformemente a crianças e jovens que residam em território nacional. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro, foi o responsável pela regulamentação da lei citada. Trata-se de uma inovação no Direito português, de modo que será a sua aplicação gradual a responsável pela descoberta de todas as potencialidades do instituto<sup>746</sup>. Antes da sistematização levada a efeito pela lei n.º 103/2009, não havia previsão normativa específica acerca do apadrinhamento. O que existia era um sistema que previa a adoção restrita, instituto que, embora distinto do apadrinhamento, era o que a ele mais se assemelhava.

---

<sup>746</sup> Com relação à originalidade do legislador português no que tange ao apadrinhamento civil, Maria Raquel Guimarães assevera que “estamos, pois, perante uma matéria escassamente tratada pela doutrina, desconhecida pela jurisprudência e ainda não testada pelas famílias”. Cf. Maria Raquel Guimarães, “O novo regime português do apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro)”, in **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster**, separata, Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 480.

De acordo com os termos da própria lei n.º 103/2009, o apadrinhamento civil consubstancia-se em uma “relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil”<sup>747</sup>. O apadrinhamento civil inaugura, portanto, uma relação jurídica de carácter tendencialmente permanente entre padrinho (pessoa singular ou família cuja habilitação para o efeito cabe ao organismo competente da segurança social) e afilhado (criança ou jovem), na qual aquele passa a exercer as responsabilidades parentais<sup>748</sup>. O apadrinhamento civil pressupõe a existência de laços afetivos que viabilizem o bem-estar e o desenvolvimento da personalidade do apadrinhado e tem em sua origem a premência de encontrar “soluções para as crianças e jovens institucionalizados”<sup>749</sup>. Tanto assim é que, na doutrina portuguesa, há vozes a defender que o apadrinhamento civil introduziu no sistema português uma “terceira via de integração de menores em um ambiente familiar”<sup>750</sup> destinada a evitar a institucionalização. Já a natureza tendencialmente permanente do apadrinhamento civil está ligada ao fato de que este, ao contrário do que ocorre com a tutela, não cessa após o advento da maioridade e pode durar até que seja revogado pelas causas expressamente previstas no artigo 25º da lei n.º 103/2009.

Na experiência brasileira, o apadrinhamento tem por escopo viabilizar o encontro entre alguém que se disponha a apadrinhar uma criança ou um adolescente institucionalizado, possibilitando a construção de uma referência afetiva<sup>751</sup>, assim como de vínculos externos à instituição, de forma a viabilizar o seu desenvolvimento moral, social, físico, cognitivo, educacional e financeiro<sup>752</sup>. Em sendo um dos instrumentos para garantir o direito à convivência

<sup>747</sup> V. art. 2º da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro.

<sup>748</sup> V. artigo 2º da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro. Maria Margarida Silva Pereira pontua que, embora o termo “apadrinhamento” também seja utilizado vulgarmente para designar o sacramento católico, os institutos em nada se identificam, já que “o apadrinhamento civil é uma realidade jurídica de tipo familiar (...) Trata-se de uma inovação legislativa no sentido de procurar aproximar crianças dos laços familiares a que não tenham acesso”. Neste sentido, Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 763.

<sup>749</sup> Cf. Ana Lídia Cadete, “O Apadrinhamento Civil: as potencialidades do instituto- o caso do Bruno”, in **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 10, n.º 20, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 140.

<sup>750</sup> Maria Raquel Guimarães adota esta expressão para designar o apadrinhamento civil. Neste sentido, Cf. Maria Raquel Guimarães, “O novo regime português do apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro)”, in **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster**, separata. Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 481.

<sup>751</sup> Cf. Aline Teixeira, “Projeto de Apadrinhamento Afetivo e os Desdobramentos da Lei Estadual 7.149, de 17.12.2015”, in Sávio Bittencourt (Coord.), **Adoção e o Direito de viver em família. Famílias em Concreto e os Grupos de Apoio à Adoção**, Curitiba: Juruá Editora, 2017, p. 102.

<sup>752</sup> V. art. 19-B, § 1º do ECA.

familiar a crianças e adolescentes, a fonte mais importante do apadrinhamento afetivo no ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 227, *caput* da CRFB, que, como já tivemos a oportunidade de ver ao longo deste trabalho, consagra expressamente o direito fundamental à convivência familiar. Contudo, mesmo sem a intenção de diminuir a sua importância, devemos reconhecer que o dispositivo constitucional citado não detém a densidade normativa suficiente para solucionar diversos impasses oriundos da ausência de respeito ao seu comando. Por força da natureza jusfundamental da convivência familiar, o Estado não pode ficar inerte diante da situação de inúmeras crianças e adolescentes institucionalizados em razão das remotas chances de retorno à família de origem ou de colocação em família substituta. Em razão do dever conjunto atribuído à família, à sociedade e ao Estado no sentido de garantir o direito à convivência familiar à população infantojuvenil, como deixar esta parcela significativa da população à sua própria sorte, aguardando o advento da maioridade em uma instituição, sem qualquer perspectiva de referências afetivas e sem qualquer tipo de apoio? Há muito, já se ansiava por uma solução que, mesmo longe da ideal, pudesse amenizar a problemática relativa a crianças e adolescentes condenados a este tipo de “morte civil”<sup>753</sup>. Com base nesta premissa, o legislador brasileiro editou a lei n.º 13.509/17, que, dentre outros aspectos, acrescentou o artigo 19-B e seus parágrafos ao ECA, dispositivo este que passou a ser a fonte legal do instituto ora tratado, no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a previsão legal expressa do apadrinhamento no ordenamento jurídico brasileiro só veio a se tornar realidade em 2017, a despeito de a CRFB já ter consagrado expressamente o direito fundamental à convivência familiar muitos anos antes. O dispositivo citado é bastante conciso, na medida em que se limita a instituir a possibilidade (e não a obrigatoriedade) do programa de apadrinhamento nos casos de crianças e adolescentes em acolhimento institucional ou familiar, traçando genericamente os seus objetivos principais (§ 1º), a sua titularidade ativa (§ 2º e § 3º), o perfil dos apadrinhados (§ 4º) e a titularidade para a execução do programa (§ 5º). Para além disto, o ECA não disciplina o procedimento de habilitação para o apadrinhamento, a documentação necessária para a habilitação, os requisitos para apadrinhar (à exceção da idade de dezoito anos e da ausência de inscrição no cadastro de adoção), as regras do apadrinhamento e as consequências oriundas do descumprimento destas regras.

---

<sup>753</sup> A expressão é de Sávio Bittencourt. Cf. Sávio Bittencourt, **A Nova Lei de Adoção. Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 8.

O apadrinhamento civil estabelecido pelo ordenamento jurídico português e o apadrinhamento traçado pelo ECA têm em comum alguns aspectos. A exemplo do que ocorre em Portugal, o apadrinhamento previsto pelo ECA não tem por finalidade uma colocação posterior em família substituta. Isto pode até vir a ocorrer, excepcionalmente, já que o público alvo preferencial do apadrinhamento é composto por crianças e adolescentes que não têm o perfil normalmente escolhido pelos pretendentes à adoção, de modo que, muito provavelmente, não haverá pessoas interessadas em adotá-los. Entretanto, este não é o objetivo do instituto. Tanto assim é que um dos poucos requisitos definidos na legislação federal brasileira é no sentido de que os padrinhos ou madrinhas não devem ser inscritos nos cadastros de adoção. Talvez o legislador tenha partido do pressuposto de que, caso fizessem parte do cadastro de adoção, os padrinhos poderiam promover uma burla indireta à ordem do cadastro e, ainda que assim não fosse, o fato de fazerem parte do cadastro, por si só, poderia gerar uma falsa expectativa de adoção, tanto para os apadrinhados, como para os próprios padrinhos. Entendemos que esta particularidade deve ficar bem clara desde o início do programa, para todos os sujeitos envolvidos, de modo a não frustrar expectativas fundadas em premissas equivocadas. Portanto, se traçarmos uma comparação entre a adoção e o apadrinhamento, chegaremos à conclusão de que o vínculo criado entre padrinhos e apadrinhados, ao menos em termos jurídicos, é precário, quando comparado ao vínculo criado quando da adoção. Isto porque a adoção cria um vínculo definitivo entre os seus protagonistas, rompendo os vínculos da criança com a família biológica. Já no que se refere ao apadrinhamento, ainda que seja desejável uma relação duradora, não há como estabelecermos de antemão se este vínculo será de natureza perene ou transitória. Outra característica comum entre o instituto nos dois países diz respeito à prioridade de apadrinhamento para as crianças e os adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva, pois serão estes que mais precisarão contar com uma referência fora da instituição. Outro aspecto em comum tem a ver com o fato de que ambos os institutos não envolvem qualquer tipo de remuneração aos padrinhos e madrinhas. Para além disto, tanto em Portugal, como no Brasil, há o pressuposto da existência de laços afetivos entre padrinhos e apadrinhados, além do objetivo principal de proporcionar o desenvolvimento e o bem-estar dos apadrinhados, na busca de seu melhor interesse.

Entretanto, as semelhanças entre os institutos nos dois países param nestes pontos. No Brasil, diferentemente do que ocorre com o apadrinhamento civil de Portugal, a decisão judicial que defere o apadrinhamento não está sujeita a registro civil. Aliás, o ECA sequer exige uma

decisão judicial para a atribuição de um padrinho a determinada criança ou adolescente. Isto não significa que tal decisão não possa existir, mas quer dizer tão e somente que a necessidade de decisão judicial ficará a cargo de cada programa de apadrinhamento, em cada Estado da federação. Também não há no ECA a atribuição exclusiva da execução do programa aos órgãos públicos, já que organizações da sociedade civil também podem ser responsáveis pela execução (§ 5º). Quanto a este aspecto, não questionamos a possibilidade de execução conjunta do programa por órgãos públicos e privados, já que se trata, evidentemente, de uma previsão legal salutar. Apenas trazemos à reflexão o fato de que, diante da ausência de critérios substanciais definidos na legislação federal (ECA), uma eventual execução conjunta por órgãos públicos e privados poderá acarretar situações díspares em um mesmo Estado da Federação, o que, em última análise, poderá acarretar diferentes graus de proteção e garantia do direito à convivência familiar para crianças e adolescentes do mesmo país, tudo a depender do programa do qual cada apadrinhado participe.

Contudo, entendemos que a diferença substancial entre os institutos diz respeito ao fato de que, no apadrinhamento delineado pelo ECA, os padrinhos não passam a exercer o poder familiar em relação aos apadrinhados, como ocorre no apadrinhamento civil, em Portugal. Nos moldes estabelecidos pela Lei n.º 103/2009, os padrinhos exercem as responsabilidades parentais, ressalvadas as limitações previstas no compromisso de apadrinhamento ou na decisão judicial<sup>754</sup>. Tal particularidade nos revela que o apadrinhamento civil previsto no ordenamento jurídico português institui um liame mais potente entre padrinho e apadrinhado quando comparado ao instituto equivalente no Brasil. Para corroborar esta natureza mais intensa do vínculo entre padrinhos e apadrinhados, em Portugal, sobreleva registrar que, nas lições de Jorge Duarte Pinheiro, o apadrinhamento seria um *minus* quando comparado à adoção e um “*plus* relativamente à tutela”<sup>755</sup>. Portanto, estamos a tratar de um vínculo não tão forte como o da adoção, já que esta rompe todos os vínculos jurídicos da criança com a família de origem e institui uma nova filiação, mas também não estamos a tratar de um vínculo tão precário, em que não há qualquer formalidade para a instituição do apadrinhamento, tampouco consequências para o descumprimento das regras instituídas. O artigo 21º, n.º 1 e 2 da Lei n.º 103/2009, aliás, é um bom exemplo da solidez do instituto no ordenamento jurídico português e de seus desdobramentos, na medida em que os padrinhos são considerados ascendentes em

<sup>754</sup> V. artigo 7º, n.º 1 da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro.

<sup>755</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 297.

primeiro grau do afilhado para efeito da obrigação de lhe prestar alimentos, embora sejam precedidos pelos genitores em condições de satisfazer tal encargo, assim como o afilhado considera-se descendente em primeiro grau dos padrinhos, para o mesmo efeito. Neste tocante, há que se tecer algumas ressalvas ao instituto nos moldes traçados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como veremos adiante.

Para além da necessidade de uma normatização exauriente e uniforme do apadrinhamento no Brasil, reputamos importante trazer à reflexão a necessidade da seriedade na instituição do programa por cada Estado brasileiro, com atribuição de consequências relevantes para o descumprimento das regras do programa. É que estamos a tratar de crianças e adolescentes que dificilmente terão a chance de viver em outro local que não uma instituição, por praticamente quase toda a sua existência. Da mesma forma que os casos de devolução de crianças nas adoções pode vir a gerar grandes sequelas emocionais e psicológicas para os devolvidos, a precariedade do vínculo ou até mesmo um eventual abandono de uma criança por parte de um padrinho também pode gerar consequências nefastas para os apadrinhados. Ainda que, desde o início, seja esclarecido ao apadrinhado que o instituto nada tem a ver com a adoção, tal fato, por si só, não quer dizer que não haverá qualquer expectativa ou troca afetiva entre os personagens principais do apadrinhamento. Após estar imbuído do sentimento de ter uma figura de apoio e de referência extra-institucional, o apadrinhado não pode ficar à espera de um padrinho descompromissado com a sua função, valendo-se da ausência de previsão de qualquer consequência jurídica para o abandono afetivo.

Em que pese a previsão trazida pela lei n.º 13.509/17, na prática, o apadrinhamento ainda não tem sido suficiente para proporcionar todos os objetivos traçados no parágrafo 1º do artigo 19-B do ECA. Primeiramente, porque, a exemplo do que ocorre com o acolhimento familiar, a legislação federal não disciplina e esgota completamente a matéria. Ao revés. O artigo 19-B do ECA deixa a cargo de cada programa de apadrinhamento o perfil do apadrinhado, a maneira de execução do programa e as consequências para a violação das regras de apadrinhamento. Embora o artigo 19-B do ECA, que foi incluído pela lei n.º 13.509/17<sup>756</sup>, preveja a possibilidade de a criança e/ou adolescente participarem de programa de apadrinhamento, não dispõe acerca da obrigatoriedade da inclusão de todas as crianças

---

<sup>756</sup> O art. 19-B, *caput* do ECA, que foi incluído pela lei n.º 13.509/17, estabelece: “A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento”.

institucionalizadas neste programa, tampouco especifica requisitos para o apadrinhamento ou mesmo o seu procedimento.

O parágrafo 5º do artigo 19-B do ECA estabelece que os programas ou serviços de apadrinhamento podem ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil, pelo que a matéria fica a cargo de cada Estado da Federação<sup>757</sup>, sendo que alguns Estados não possuem sequer este tipo de programa instituído. A lei não prevê a obrigatoriedade de instituição de tal programa em todos os Estados da Federação, pelo que inexiste qualquer consequência, ao menos no campo jurídico, para esta lacuna. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a lei estadual n.º 7.149, de 17/12/2015, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu o programa de apadrinhamento afetivo no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ao passo que o Ato Normativo Conjunto n.º 96/2015 criou o programa

---

<sup>757</sup> Como exemplos de alguns Estados brasileiros que possuem programas de apadrinhamento, podemos citar Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro. Por ter sido pioneiro na criação de um programa de apadrinhamento no país, o Estado do Mato Grosso do Sul é referência nacional. O projeto “padrinho” foi criado em Campo Grande, no ano de 2000, com o escopo de proporcionar apoio material ou afetivo a crianças e adolescentes em situação de risco e que sejam acompanhadas por processos que tramitam nas Varas de Infância e Juventude do Estado. O projeto foi institucionalizado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul em 2003, através da Resolução n.º 429 e, atualmente, chega a atender cerca de 80% das crianças em situação de acolhimento. Disponível em: <[https://www.tjms.jus.br/projetos/projeto\\_padrinho.php](https://www.tjms.jus.br/projetos/projeto_padrinho.php)>. Acesso em 14 jun. 2020. Ainda sobre o projeto “Padrinho”, sobreleva registrar que se consubstancia em um programa de solidariedade e apoio da sociedade civil às crianças e adolescentes abrigados e foi idealizado pela então juíza da Vara da Infância e da Juventude de Campo Grande- MS, Maria Isabel de Matos Rocha. O projeto foi premiado pela Associação dos Magistrados brasileiros, em 2007, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2012. Disponível em: <[http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/cartilha\\_projeto\\_padrinho\\_em\\_revisao\\_fev2018\\_pdf.pdf](http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/cartilha_projeto_padrinho_em_revisao_fev2018_pdf.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2020 e em <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100184849/projeto-padrinho-recebe-mencao-honrosa-em-premiacao-do-cnj>>. Acesso em 14 jun. 2020. Por sua vez, o Estado de São Paulo conta com programa de apadrinhamento afetivo e financeiro. Na sistemática adotada pelo Estado, cada uma das Varas da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo pode optar por implantar ou não os programas de apadrinhamento e, em caso positivo, define, por meio de portaria, as regras para a habilitação dos padrinhos. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/ApadrinhamentoAfetivo>>. Acesso em 10 jun. 2020. No Estado do Rio de Janeiro, para além da lei estadual n.º 7.149/15, o Ato Normativo Conjunto n.º 96/2015 criou o programa de apadrinhamento no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O Ato estabelece os requisitos necessários à elaboração e à execução dos projetos de apadrinhamento de crianças e adolescentes em medida de acolhimento institucional nas Varas com competência em Infância e Juventude do Estado. O Ato foi baseado no Projeto “Apadrinhar. Amar e agir para materializar sonhos”, idealizado pelo juiz titular da 4ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital e concretizado em 2014. Também com o fim de “criar laços de afeto entre a sociedade e as crianças e os adolescentes que vivem em acolhimento institucional”, o projeto engloba três tipos de apadrinhamento (afetivo, prestador de serviços e provedor). Para ser um padrinho, em quaisquer das modalidades, há necessidade da devida habilitação, acompanhada dos documentos que comprovem os requisitos estabelecidos no Ato, sendo que tal habilitação está sujeita à decisão judicial, a cargo do Juiz da Vara da Infância, da Juventude. Disponível em: <<http://apadrinhar.org/o-projeto/>>. Acesso em 21 jan. 2019. Apesar de louváveis as iniciativas, que têm proporcionado convívio familiar a diversas crianças e/ou adolescentes e preenchido lacunas deixadas pela legislação federal, entendemos que o apadrinhamento não pode apresentar caráter volátil, ficando a cargo de iniciativas isoladas. Diante da jusfundamentalidade da convivência familiar, o tratamento da matéria deve ser uniforme para todo o país. Na prática, esta falta de homogeneidade destoa do caráter universal inerente aos direitos fundamentais, dentre eles, da convivência familiar. Tal lacuna faz com que crianças e adolescentes institucionalizados em outros Estados não tenham sequer a chance de serem apadrinhados por falta de norma disciplinadora do instituto.

de apadrinhamento no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e estabeleceu os requisitos necessários à elaboração e à execução dos projetos de apadrinhamento de crianças e adolescentes em medida de acolhimento institucional nas Varas com competência em Infância e Juventude do Estado.

A toda evidência, a atribuição de um padrinho para cada acolhido depende de fatores extrínsecos ao Direito. Por mais que haja padrinhos suficientes para abarcar todos os acolhidos, sempre restará um certo grau de imprevisibilidade, pois assiste razão a Paulo Delgado, quando, em suas reflexões, aduz que, mesmo quando se encontram reunidas as condições adequadas em todas aquelas áreas, “há uma química imprevisível entre os principais actores do acolhimento, de forma que a colocação pode evoluir por caminhos difíceis de prever”<sup>758</sup>. A toda evidência, não estamos a defender a necessidade de atribuição de um padrinho a qualquer custo a todas as crianças e adolescentes institucionalizados, uma vez que a atribuição de um padrinho ou madrinha depende de uma conjugação de fatores que prescindem do Direito, tais como, a existência de um padrinho interessado e disposto a assumir um compromisso afetivo, tornando-se referência na vida de uma criança ou de um adolescente que passou por um histórico de abandonos afetivos, além da existência de afinidade e de um sincero vínculo afetivo entre padrinho e apadrinhado, a indicar reais vantagens em termos emocionais para a criança, atendendo ao seu melhor interesse. Ainda que determinada criança ou adolescente preencha todas as condições para ser apadrinhado, assim como o seu padrinho, sempre restarão fatores imprevisíveis que poderão inviabilizar a realização de um determinado apadrinhamento na prática. O que pregamos, ao revés, é que todos os Estados da Federação (no caso do Brasil) tenham instituído em seus respectivos territórios um programa de apadrinhamento sério e bem delineado, com bases uniformes, de forma que, para cada criança acolhida e com chances remotas de reintegração familiar ou de colocação em família substituta, haja pelo menos a tentativa de atribuição de um padrinho, ainda que este apadrinhamento possa vir a não dar certo por outros motivos. O que não podemos admitir é que uma criança ou adolescente seja privado da possibilidade de ser apadrinhado, de antemão, por falta de instituição deste programa no local onde reside. Portanto, uma vez inviabilizada a reintegração da criança à família natural ou extensa e, uma vez frustrada a possibilidade de adoção, por motivo plausível e justificado, e, portanto, não restando alternativa a não ser o acolhimento, pregamos a obrigatoriedade de

---

<sup>758</sup> Cf. Sinclair *apud* Paulo Delgado, “A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins dos novo regime jurídico”, in **Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, p. 562.



inclusão de todas estas crianças e adolescentes no programa de apadrinhamento. Diante do caráter jusfundamental da convivência familiar, razão não há para que seja conferida a cada Estado brasileiro ampla margem de discricionariedade no que tange à instituição deste tipo de programa. É a jusfundamentalidade do convívio familiar que reclama o dever e a atuação estatal no sentido de, pelo menos, conferir a toda criança acolhida a possibilidade de ser apadrinhada, ainda que, na prática, o apadrinhamento possa não se concretizar, por motivos alheios à atuação estatal.

Para finalizar este tópico, observamos que o apadrinhamento tem sido alvo de muitas discussões na atualidade e de reticências junto às instituições de acolhimento, mas ainda há necessidade de uma análise aprofundada acerca da sua natureza e dos seus reais objetivos, de modo a enfrentar mitos e entraves que impedem que tal instituto tenha a capacidade de produzir todos os efeitos dele esperados pela sociedade. Em que pesem as reservas endereçadas ao apadrinhamento, entendemos, ao revés, que, se for dada a devida atenção ao instituto, de modo a explorar todas as suas potencialidades, seja através da divulgação<sup>759</sup>, seja através de investimentos na formação e capacitação dos candidatos a padrinhos, o apadrinhamento poderá vir a desempenhar adequadamente o papel a que se destina.

## 6.5 Adoção

Antes de iniciarmos este tópico, esclarecemos que consideramos mais importante pontuar algumas semelhanças e diferenças entre a adoção em cada um dos países abordados do que propriamente discorrer sobre a adoção em cada um deles, sem prejuízo da abordagem de algumas questões polêmicas comuns a ambos os ordenamentos jurídicos, o que faremos a partir de agora.

De acordo com a lição de Maria Margarida Silva Pereira, a adoção “é uma forma de criar uma relação familiar específica, com os mesmos efeitos da filiação e da qual resulta uma extinção da relação com a família biológica”<sup>760</sup>. Com apoio na premissa que seguimos durante

---

<sup>759</sup> Para que não haja o esvaziamento de um instituto que pode proporcionar tantos benefícios em termos de convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes acolhidos, é de fundamental importância o estabelecimento de parcerias sociais não só para a sua execução, mas também para a sua divulgação. Nesta esteira, os meios de comunicação, a sociedade civil, os Tribunais de Justiça e até mesmo a Igreja podem ser aliados nesta difusão de informações acerca do apadrinhamento.

<sup>760</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 706. A autora destaca ainda que a relação familiar constituída pela adoção acarreta a extinção da relação com a família biológica,

todo o percurso deste trabalho, qual seja, a de que constitui um “direito fundamental de todos crescer em um ambiente familiar e gozar de uma vida em sociedade”<sup>761</sup>, podemos afirmar que, dentre todos os instrumentos citados neste capítulo, a adoção é o instrumento mais potente<sup>762</sup>, sólido e definitivo<sup>763</sup> para a garantia do direito fundamental à convivência familiar a crianças e adolescentes<sup>764</sup> que não podem ser reintegrados às suas famílias de origem ou às suas famílias extensas. Isto se deve ao fato de que o instituto possui caráter irrevogável<sup>765</sup> e perene, eis que resulta no rompimento de todos os vínculos jurídico-familiares outrora existentes entre o adotado e a família de origem, o que viabiliza a criação de vínculos mais intensos e duradouros entre adotante e adotado. A partir do momento em que há a constituição do vínculo jurídico da adoção, através de uma sentença constitutiva que atribui ao adotado a condição de filho, não há mais espaço para retroceder na decisão acerca da criação deste tipo de relação familiar específica.

Contudo, em que pese a importância do instituto, a adoção não deixa de ser uma medida excepcional, por força das normas constitucionais<sup>766</sup> que pregam a inseparabilidade entre pais e filhos, salvo nas hipóteses de descumprimento dos deveres inerentes às responsabilidades parentais e mediante decisão judicial. Assim, o dever primordial do Estado é o de assegurar a convivência familiar a crianças e adolescentes, preferencialmente, no âmbito da família de origem, dotando estes núcleos familiares de condições básicas para que desempenhem esta função. Todavia, excepcionalmente, quando a convivência no seio familiar original ou no

---

à exceção dos impedimentos matrimoniais. Uma outra exceção à extinção do vínculo com a família biológica está consubstanciada na norma do artigo 1986º, n.º 3 do Código Civil português, através da qual se permite a manutenção de alguma forma de contato pessoal entre o adotado e algum integrante da sua família biológica, mediante consentimento dos pais adotivos neste sentido.

<sup>761</sup> Neste sentido, Marianna Chaves/ Raphael Carneiro Arnaud Neto, “Adoção por Indivíduos e casais homossexuais: O melhor interesse da criança materializado no direito à convivência familiar”, in António Menezes Cordeiro/ Eduardo Paz Ferreira/ M. Januário da Costa Gomes/ Jorge Duarte Pinheiro (org), **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 240.

<sup>762</sup> Tal afirmação desafia, contudo, reflexões mais aprofundadas na doutrina. Quanto à importância da adoção, Jorge Duarte Pinheiro põe em causa a atual euforia direcionada ao instituto, que só foi reativado há pouco mais de cinquenta anos, em Portugal. Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 143.

<sup>763</sup> Entendemos que a possibilidade de revisão da sentença de adoção em hipóteses *numerus clausus* excepcionálssimas e ligadas à ausência de consentimento dos genitores, a vício na manifestação da vontade destes ou a erro acerca do adotado, nos termos do artigo 1990º do Código Civil português e do artigo 57º do RJPA, não retira o caráter definitivo e irrevogável do instituto. Tanto assim é que, mesmo diante de um relevante erro, o tribunal pode manter a sentença de adoção, se perceber que a revisão prejudicará sobremaneira os interesses do adotado, através de um exercício de ponderação entre os dois interesses em conflito: adotantes e adotado (artigo 1990º, n.º 3 do Código Civil português).

<sup>764</sup> Reconhecendo a relevante missão da adoção no que tange à garantia dos direitos das crianças, Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 700.

<sup>765</sup> V. artigo 1989º do Código Civil português e artigo 39, § 1º do ECA.

<sup>766</sup> V. artigo 36º, n.º 6 da CRP e artigos 227, *caput* e 229 da CRFB.

âmbito da família extensa não for possível por colocar em risco o melhor interesse da criança, também incumbe ao Estado zelar pela observância deste interesse, colocando a criança a salvo de toda forma de negligência, abuso ou opressão<sup>767</sup>. E é exatamente nestas hipóteses excepcionais que a adoção assume um espaço importante. A toda evidência, a situação ideal em termos de convivência familiar para toda e qualquer criança ou adolescente é no âmbito de sua família de origem, desde que esta convivência esteja alinhada com o seu melhor interesse e se dê em um ambiente saudável, capaz de contribuir positivamente para o desenvolvimento da sua personalidade. Quando esta situação ideal não ocorrer, o Estado tem o dever de providenciar um dos instrumentos para a garantia da convivência familiar, sendo que, de todos os instrumentos abordados neste trabalho, defendemos que a adoção é o mais potente, na medida em que assegura a convivência familiar de forma profunda, segura e definitiva, eis que atribui a criança um verdadeiro *status* de filho.

A adoção deve ser baseada, sobretudo, no afeto e no respeito<sup>768</sup>, bem assim no atendimento ao melhor interesse da criança, pelo que ousamos dizer que, embora não ignoremos a complexidade que envolve a decisão de adotar, qualquer outro motivo determinante para a adoção que não seja o afeto e a genuína vontade de ser pai ou de ser mãe poderá vir a constituir uma futura problemática, tanto para os adotantes, como, sobretudo, para os adotados. A adoção não deve ser vista sob uma perspectiva de filiação de segunda categoria, mas sim como uma maneira “normal de uma pessoa adulta assumir a responsabilidade pela satisfação das necessidades de uma criança”<sup>769</sup>. Assim sendo, não se adota para fazer caridade ou por motivos estritamente religiosos, tampouco para preencher uma carência afetiva, para cumprir uma promessa, para agradar ao cônjuge, para satisfazer desejo de terceiros ou por qualquer outra razão alheia à real vontade de ser pai ou de ser mãe e de receber uma criança ou um adolescente

---

<sup>767</sup> Esta conclusão é extraída do disposto no artigo 69º, n.º 1 e 2 da CRP, artigo 4º, alínea h da LPCJP e artigo 19, *caput* do ECA.

<sup>768</sup> No capítulo 2, tivemos a oportunidade de discorrer sobre a importância do afeto para o desenvolvimento da personalidade e da sua íntima relação com a família. Partindo deste raciocínio e da premissa de que a adoção pressupõe a formação de vínculos idênticos aos parentais-filiais, Maria Margarida Silva Pereira defende que, embora não se possa dizer que o afeto seja a única razão determinante para a adoção ou um critério distintivo desta, é desejável que ele esteja subjacente ao instituto, figurando “não só como pré-compreensão da figura jurídica” da adoção, mas também como “seu critério integrante”. A autora vai além, ao afirmar que a ordem jurídica tem o dever de estruturar um sistema adotivo que, desde o início, tenha condições de garantir a cada adotando o acesso ao afeto por intermédio de uma nova família. Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 696.

<sup>769</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 143.

no seio familiar, com todo o afeto inerente à condição de filho<sup>770</sup> e com a consciência de todas as dificuldades normalmente oriundas da relação entre estas duas gerações (sejam os filhos biológicos ou adotivos). Dentre os deveres do Estado para assegurar o direito fundamental à convivência familiar, nomeadamente no que tange à adoção, está o de garantir que os adotantes passarão por um rigoroso crivo destinado a perquirir e avaliar as reais intenções do projeto adotivo que se apresenta. Não é por outro motivo que o caráter irrevogável do instituto demanda um elevado senso de responsabilidade dos adotantes para com a vida dos adotandos e acarreta o dever do Estado de cuidar para que haja uma verificação rigorosa dos requisitos para a constituição do vínculo e da sua real motivação, o que não se coaduna com qualquer tipo de açodamento. Todavia, chamamos a atenção para o fato de que a verificação rigorosa a que aludimos não deve envolver uma espera indefinida<sup>771</sup>, tampouco uma burocracia desnecessária<sup>772</sup>, pois se consideramos que a primeira infância é o período da vida essencial à formação da personalidade, cada ano na vida de uma criança sem que a sua situação esteja definida pode ser determinante para a formação de nefastas sequelas psicológicas e emocionais.

No ordenamento jurídico português, a adoção possui como fontes normativas a CRP (art. 36º, n.º 7), o Código Civil, que cuida das normas de caráter material do instituto (artigos 1973º a 1991º do CC português), a LPCJP, que cuida das medidas de promoção e proteção, dentre elas, a confiança à pessoa selecionada para a adoção (artigos 35, n.º 1, alínea “g”, 38º-A

---

<sup>770</sup> Maria Margarida da Silva Pereira acentua a essencialidade do aspecto afetivo na adoção, ao ponderar que, sob a ótica do Direito de Família, o instituto não representa uma maneira de minorar uma carência, mas sim “uma forma de gerar uma relação familiar espiritualmente forte”. Cf. Maria Margarida da Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 696.

<sup>771</sup> Ao ponderar sobre a problemática relacionada à morosidade da adoção, Rui do Carmo atribui esta demora não ao processo judicial de adoção em si, mas sim ao “caminho percorrido no processo de promoção e proteção, pelas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens e pelos Tribunais, até se concluir que a adoção é o projeto de vida adequado para aquela criança”. Cf. Rui do Carmo, “A evolução e os novos desafios do instituto da adoção”, in Maria de Lurdes Rodrigues/ Nuno Garoupa/ Pedro Magalhães/ Conceição Gomes/ Rui Guerra Fonseca (org.), **40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal**, Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 825-826.

<sup>772</sup> Neste sentido, Cf. Maria Margarida da Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 715. Em ambos os países, um dos grandes entraves à adoção diz respeito ao longo tempo de espera para a conclusão dos processos desta natureza. Não olvidamos que, diante da irrevogabilidade do instituto, tais processos têm que ser cercados de muita cautela, mas também não descuramos do fato de que, na medida em que o tempo da criança difere do tempo dos adultos, a demora excessiva para a definição da situação jurídica do adotando, no mais das vezes, pode ser um fator deveras angustiante para as partes envolvidas, sobretudo, para as crianças, que podem ver o projeto adotivo inviabilizado em razão do inexorável decurso do tempo. Tal preocupação não passou incólume pelo legislador ordinário dos dois países, já que, recentemente, houve alterações legislativas motivadas justamente pela necessidade de imprimir celeridade aos processos de adoção. Este afã pela celeridade, aliás, está expresso na própria CRP (artigo 36º, n.º 7), quando prevê que a lei deve estabelecer formas céleres para a tramitação do processo de adoção. O artigo 32º do RJPA, por sua vez, embora não preveja um prazo determinado para a conclusão da ação de adoção, como ocorre no Brasil (o artigo 47, § 10º do ECA estipula o prazo máximo de cento e vinte dias para a conclusão da ação de adoção), não deixa de salientar o caráter urgente dos processos desta natureza. O RJPA estabelece ainda outras normas salutares com o fim de conferir um caráter dinâmico aos processos de adoção, como é o caso dos artigos 44º, n.º 1 e 59º, ambos do RJPA.

e 62º-A) e o Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA- Lei n.º 143/2015), que, por sua vez, trata de todos os aspectos processuais da adoção<sup>773</sup>. Se lançarmos um olhar cuidadoso sobre o instituto, perceberemos que, em razão da sua importância, a adoção é o único instrumento para a garantia à convivência familiar expressamente constante da CRP. Muito embora o legislador constituinte português não tenha reconhecido um “direito a ser adotado”<sup>774</sup> a qualquer custo, tornou a adoção um instituto jurídico garantido em sede constitucional, conferindo à lei uma ampla liberdade de conformação, desde que tal liberdade não extinga ou esvazie o instituto. Assim como no ordenamento jurídico brasileiro, há a necessidade de uma sentença judicial para a constituição do vínculo da adoção, bem como há necessidade de consentimento dos pais do adotando, salvo se houver decreto de medida de promoção e proteção de confiança com vista à futura adoção<sup>775</sup>. Um outro traço comum da adoção nos dois ordenamentos jurídicos diz respeito ao fato de que o melhor interesse da criança deve ser a consideração primordial no domínio da adoção, em atenção ao postulado geral do artigo 21º da CDC. Atualmente, tanto o RJPA, como o ECA, superaram a fase de uma “quase exclusividade biológica”<sup>776</sup> dominante durante o século XIX e passaram a privilegiar o interesse da criança, que, aliás, deverá ser a consideração primordial no domínio da adoção, em sintonia com o disposto no artigo 21º da CDC e no artigo 8º, n.º 1 da Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças (Resolução da Assembleia da República n.º 04/90, de 31 de janeiro). Portanto, de acordo com este contexto, inspirado pela consagração da convivência familiar ao patamar de direito fundamental, podemos afirmar que a atual tônica da adoção gira em torno da ideia da existência de uma família para cada criança<sup>777</sup> e não o contrário, já que o centro do instituto passou a ser o adotando e não mais os adotantes<sup>778</sup>.

<sup>773</sup> O artigo 1973º, n.º 2 do Código Civil português remete a regulação do processo de adoção a diploma próprio, qual seja, a Lei n.º 143/2015, de 08/09 (RJPA).

<sup>774</sup> Cf. José Joaquim Gomes Canotilho/ Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 566.

<sup>775</sup> V. artigo 1981º, I, alínea “c”, do Código Civil português.

<sup>776</sup> A expressão é utilizada por Míriam Afonso Brigas. Cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 1013.

<sup>777</sup> Neste sentido, Nelson Nery Junior e Martha de Toledo Machado enfatizam que tal afirmação não leva necessariamente à conclusão de que o interesse do adulto que não tem filhos é ilegítimo, mas tão somente que tal interesse está subordinado ao interesse superior da criança e, portanto, só será tutelado pelo ordenamento jurídico se não contrastar com o interesse da criança no que se refere à convivência familiar. E assim arrematam: “Não mais se admite a busca de filhos para pais que não os tenham e os queiram; a adoção se faz porque uma criança precisa de pais e não os tem”. Cf. Nelson Nery Junior/ Martha de Toledo Machado, “O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal”, in **Revista de Direito Privado**, vol. 12, São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2002, p. 14.

<sup>778</sup> Com relação à tônica anterior que envolvia o instituto da adoção, Míriam Brigas leciona: “A civilística anterior ao Código Civil referia-se à figura da adopção, instituição encarada como alternativa para os que não têm filhos (...)”. Cf. Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso Brigas, **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 1013.

Todavia, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que o processo de adoção é de natureza judicial, em Portugal, nos moldes traçados pelo RJPA, a adoção envolve um conjunto de procedimentos de natureza administrativa<sup>779</sup>, que englobam a fase preparatória e a fase de ajustamento e ficam a cargo dos organismos de segurança social<sup>780</sup> ou das instituições particulares autorizadas, além de um conjunto de procedimentos de natureza judicial<sup>781</sup>, que diz respeito à fase final, que tem por objetivo a prolação de sentença judicial e, por sua vez, é da competência dos Tribunais de Família e de Menores. Tanto no Brasil, como em Portugal, a adoção é medida excepcional, sendo que os processos desta natureza são de natureza urgente<sup>782</sup> e devem contar com a intervenção obrigatória do Ministério Público<sup>783</sup>.

Outra semelhança tem a ver com o fato de que o princípio do respeito pela opinião da criança tem ampla repercussão no domínio da adoção, tanto em Portugal (artigo 1.981º, n.º 1, alínea “a” do Código Civil), como no Brasil (artigo 45, § 2º do ECA), eis que há obrigatoriedade do consentimento dos maiores de doze anos de idade para a constituição do vínculo. Para além disto, em ambos os países, atualmente, não há mais que se falar em distinção relevante entre espécies de adoção, na medida em que, em boa hora, Portugal aboliu o instituto da adoção restrita<sup>784</sup>, tornando a adoção *una*. Isto se deu porque o RJPA revogou o artigo 1.977º do Código Civil português, que estabelecia as espécies de adoção, quais sejam, a plena e a restrita, bem como os artigos 1992º a 2002º-D do mesmo diploma legal. Ao contrário da adoção plena, a adoção restrita tinha reflexos significativos apenas no âmbito do exercício das

<sup>779</sup> Artigo 40º, alíneas “a”, “b” do RJPA.

<sup>780</sup> Referimo-nos ao Instituto da Segurança Social e à Santa Casa de Misericórdia de Lisboa.

<sup>781</sup> Artigo 40º, alínea “c” e artigos 52º a 59º do RJPA. A fase final ou judicial do processo de adoção é regulada pelos artigos 52º a 59º do RJPA, sendo que, em razão do disposto no seu artigo 31º, a esta fase final são aplicáveis os artigos 986º a 988º do CPC português.

<sup>782</sup> V. artigo 32º do RJPA e artigos 47, § 1º e 152, § 1º, ambos do ECA.

<sup>783</sup> V. artigo 26º do RJPA, artigo 178, II do CPC brasileiro e artigos 152, *caput* e 166 a 168, todos do ECA.

<sup>784</sup> Entendemos que a abolição da adoção restrita foi medida salutar, na medida em que buscou trazer para o instituto um valor mais próximo da dignidade da pessoa humana, já que não há mais há espaço na atualidade para graduações relativas à condição de filho ou de pais. Com este entendimento, Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 705. A autora ainda pontua que não há unanimidade na doutrina acerca da adequação da revogação da adoção restrita, na medida em que alguns autores ponderam que esta modalidade de adoção teria a vantagem de ser mais flexível, viabilizando o relacionamento da criança com a sua família natural, além do conhecimento acerca das suas origens. Todavia, com o devido respeito aos que defendem posição diversa, entendemos que, tanto a possibilidade da manutenção do relacionamento da criança com a família natural, quanto o direito ao conhecimento das origens do adotado já são contemplados no ordenamento jurídico português (artigo 1990º- A do Código Civil e artigos 6º e 56º, n.º 5 do do RJPA), de modo que, diante da maturidade legislativa adquirida nos tempos atuais, não há que se falar em filiações de maior ou menor valia. Para além disto, o estabelecimento de distinção entre espécies de adoção na legislação ordinária, o que resultaria na consequente distinção entre espécies de filiação, violaria frontalmente o mandamento constitucional que veda designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 36, n.º 3 da CRP), bem como o próprio princípio da não discriminação plasmado no artigo 2º, n.º 1 da CDC.

responsabilidades parentais, eis que o adotante passava a exercê-las, a despeito da manutenção da relações entre o adotado e a sua família biológica. Atualmente, esta espécie de adoção não mais existe no ordenamento jurídico português.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção possui três fontes normativas, quais sejam, a CRFB, o Código Civil e a lei n.º 8.069/90 (ECA). No que tange à Constituição da República, as fontes normativas da adoção estão consubstanciadas no artigo 227, *caput* e nos seus parágrafos 5º e 6º. Muito embora o artigo 227, *caput* da CRFB não trate expressamente da adoção, temos que esta é a fonte normativa principal do instituto na Carta Magna. Isto porque, como já vimos, o dispositivo traz em seu bojo um extenso rol de direitos fundamentais direcionados à população infantojuvenil, dentre eles, a convivência familiar. E não é só. O mesmo dispositivo consorcia a família, a sociedade e o Estado no dever de garantir todos estes direitos a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. Com isto, o legislador constituinte quis dizer que os interesses das crianças e adolescentes devem ser assegurados com prioridade máxima, ainda que isto signifique contrariar os interesses de seus próprios genitores ou de seus demais familiares. Assim, ao partirmos da premissa de que a adoção é um instrumento destinado a assegurar a convivência familiar a crianças e adolescentes, de forma potente, definitiva e segura e, na medida em que o instituto tem caráter irrevogável e em que a sentença constitutiva de adoção tem o efeito de romper o vínculo jurídico outrora existente com a família de origem, forçosamente seremos levados a concluir que o dispositivo citado é a fonte normativa principal da adoção, embora não haja menção expressa ao instituto. Já o parágrafo 5º do artigo 227 da CRFB trata expressamente da adoção, ao remeter ao legislador ordinário a sua normatização mais detalhada. Por fim, ainda em sede constitucional, temos a previsão do § 6º do artigo 227, que veda qualquer tipo de discriminação relativa à natureza da filiação. Por sua vez, o Código Civil brasileiro também trata da adoção. Porém, esta previsão normativa é rarefeita, posto que o artigo 1618 do CCB remete a adoção de crianças e adolescentes ao ECA<sup>785</sup>. Portanto, em que pesem as suas diversas modificações<sup>786</sup>, o ECA é a fonte normativa mais completa acerca da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que condensa todas as normas relativas ao instituto, sejam aquelas de natureza material, sejam aquelas de cunho processual. Foi justamente o ECA que veio cumprir o comando do § 5º do artigo 227 da

---

<sup>785</sup> Somente a adoção de maiores de dezoito anos é regulada pelo CCB, em razão do que dispõe o art. 1619 do CCB.

<sup>786</sup> Dentre as mais significativas e recentes alterações do ECA, podemos citar a Lei n.º 12.010/2009 e a Lei n.º 13.509/2017, ambas com objetivo de aperfeiçoamento da sistemática prevista para a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, imprimindo maior celeridade ao processo de adoção, dentre outras providências.

CRFB, prevendo de forma mais robusta e pormenorizada a adoção, o seu procedimento, os seus requisitos e desdobramentos. Para além disto, no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção figura como uma das formas de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, ao lado da guarda e da tutela<sup>787</sup>.

Uma das diferenças entre a adoção nos dois países diz respeito ao fato de que, em Portugal, não é permitida a adoção de adultos, assim como só é permitida a adoção de adolescentes com menos de quinze anos de idade<sup>788</sup>, salvo se, à data do requerimento, o adotando tiver menos de dezoito anos de idade, não se encontrar emancipado e tiver sido confiado aos adotantes ou a um deles antes dos quinze anos de idade ou, ainda, quando for filho do cônjuge do adotante. Em contrapartida, no Brasil, não há esta vedação, na medida em que o ECA não faz esta distinção, o que equivale a dizer que um adolescente entre quinze e dezessete anos de idade pode ser adotado.

Uma questão que vem ganhando espaço em ambos os ordenamentos jurídicos está relacionada ao acesso do adotado às informações sobre a sua família biológica. Ao partirmos do pressuposto de que o ser humano não pode ser privado do conhecimento das suas origens e da sua verdade biológica e que o direito à informação é instrumental do exercício de outros direitos fundamentais, como é o caso do direito ao desenvolvimento da personalidade<sup>789</sup>, do direito à identidade pessoal<sup>790</sup> e do direito fundamental de acesso aos tribunais<sup>791</sup>, chegaremos à conclusão de que o legislador de ambos os países andou bem, ao admitir, ainda que indiretamente, que o conhecimento das origens do adotado nada tem a ver com o fracasso do

---

<sup>787</sup> V. artigo 28, *caput*, do ECA.

<sup>788</sup> V. artigo 1980º, n.º 2 e 3 do Código Civil português. A vedação à adoção de adultos no ordenamento jurídico português tende a estar relacionada à finalidade atual do instituto, qual seja, a de atender ao melhor interesse da criança. Com este entendimento, Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 141. No Brasil, é permitida a adoção de adultos, conforme dispõe o art. 1619 do Código Civil brasileiro, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do ECA.

<sup>789</sup> Para corroborar a importância do conhecimento das origens da criança e o impacto negativo da ausência deste conhecimento no desenvolvimento da sua personalidade, reputamos pertinentes as palavras de Boris Cirulnik, ao discorrer sobre o drama das crianças cujos pais são desconhecidos. Para o autor, “as crianças familiarizadas desvalorizam o pai verdadeiro, para inventarem um pai imaginário, mais glorioso. As crianças sem família não conseguem fazer este trabalho de desvalorização, porque nunca conheceram o luto. E como pôr luto por um amor que nunca se conheceu? Como sentir a nostalgia de um amor perdido, se nunca o recebeu? Só se podem idealizar pais perfeitos”. Cf. Boris Cirulnik, **Sob o signo do afecto**, Lisboa: Instituto Piaget, 1989, pp. 258-259.

<sup>790</sup> V. art. 26º, n.º 1 da CRP. Trata-se, pois, de um direito fundamental que, por força do disposto no art. 18º, n.º 2 da CRP, só pode ser limitado pela lei nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo eventual restrição ser limitada ao necessário para resguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

<sup>791</sup> Neste sentido, Cf. João Miranda, “O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas”, in **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, separata**, vol. II, Coimbra, 2010, p. 457.



projeto adotivo. O conhecimento das origens da pessoa adotada tem reflexos importantes não só no campo do conhecimento da sua história de vida, o que contribui de forma positiva para o desenvolvimento da sua personalidade, mas também no campo da identidade genética<sup>792</sup>, inclusive, com desdobramentos na área da saúde. O artigo 6º do RJPA e o artigo 1990º-A do Código Civil português, assim como o artigo 48, *caput* e o seu parágrafo único do ECA são as bases legais para o tema nos dois ordenamentos jurídicos tratados. No ordenamento jurídico português, o Código Civil garante às pessoas adotadas o direito ao conhecimento de suas origens e remete ao RJPA os limites a este acesso, quais sejam, a existência de solicitação expressa do adotado neste sentido, bem como a idade mínima de dezoito anos de idade, hipótese em que será exigida a autorização dos seus pais adotivos ou representante legal. Após os dezoito anos, tal autorização passa a não ser mais exigida. O ECA traz norma semelhante, ao assegurar ao adotado, mediante solicitação, tão logo complete dezoito anos de idade, o conhecimento da sua origem biológica, assim como o acesso ao processo de sua adoção. A diferença para com o ordenamento jurídico português diz respeito à ausência de exigência de autorização dos pais adotivos na hipótese de o adotado ser menor de dezoito anos de idade<sup>793</sup>, assim como o limite mínimo de idade de dezoito anos para realizar a solicitação.

À primeira vista, pode haver uma impressão de certo antagonismo entre as normas do artigo 1990-A do Código Civil português e do artigo 6º do RJPA, que tratam do acesso ao conhecimento das origens por parte do adotado, e a norma do artigo 1985º do Código Civil português, que trata do segredo da identidade. Todavia, este antagonismo é apenas aparente, pois, na verdade, os dispositivos legais citados tratam de situações diversas. A norma do artigo 1985º do Código Civil português trata da questão da revelação de identidades entre os adotantes e os pais biológicos do adotado, mas não envolvem o adotado, pelo que o que está em causa não é o direito à personalidade ou a identificação pessoal destas pessoas, mas tão somente a sua intimidade. Já as normas consubstanciadas no artigos 1990-A do mesmo diploma legal e do artigo 6º do RJPA, por envolverem o adotado e o seu direito fundamental à identidade pessoal e ao desenvolvimento da sua personalidade, fazem com que tais direitos assumam um peso maior quando comparados ao direito à intimidade dos pais biológicos ou dos pais adotivos, que, a toda evidência, têm um *status* de menor relevância, eis que estes últimos direitos (relacionados

<sup>792</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 729.

<sup>793</sup> Nos casos de requerimentos feitos por menores de dezoito anos de idade, é assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. V. art. 48, § único do ECA.

à intimidade destas pessoas) não são “estruturantes da personalidade”<sup>794</sup>. Desta forma, fica evidente a coerente opção dos legisladores de ambos os países pela sobreposição do direito de acesso ao conhecimento das origens do adotado sobre os interesses de terceiros, como os adotantes ou mesmo dos pais biológicos. Para além de o direito à identidade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade do adotado apresentarem um *status* de maior relevância quando comparado à intimidade dos pais biológicos e dos adotantes, eis que aqueles revelam-se como estruturantes da personalidade do adotado, não podemos olvidar que o princípio do melhor interesse da criança lhe confere um peso ainda maior.

Temos que há uma outra questão que também merece a nossa atenção, mormente por ser tratada de maneira diversa nos dois ordenamentos jurídicos. Trata-se da previsão legal expressa acerca da possibilidade de contato da criança adotada com a sua família de origem. O RJPA, em seu artigo 56º, n.º 5, assim como o Código Civil português, em seu artigo 1986º, n.º 3, admitem, ainda que excepcionalmente, a manutenção de contatos pessoais entre o adotado e integrantes da sua família biológica, através de menção neste sentido na própria sentença de adoção. E, para tanto, há necessidade de dois requisitos: o consentimento da família adotiva e o atendimento ao melhor interesse da criança. Em outras palavras, o legislador português inovou ao reconhecer que, a despeito de um dos efeitos naturais da sentença de adoção ser a extinção do vínculo com a família de origem, a constituição do vínculo de filiação pela adoção não é de todo incompatível com a manutenção do contato com a família natural, desde que atenda ao interesse do adotado<sup>795</sup>. Não há, em contrapartida, uma norma correspondente no ordenamento jurídico brasileiro, posto que, sobre a relação entre pais biológicos e adotados após a adoção, em termos expressos, há apenas a norma do artigo 41, *caput*, do ECA, que prega o desligamento do adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. A despeito da ausência de previsão legal expressa no Brasil acerca desta possibilidade de manutenção de contato do adotado com a família biológica após a sentença de adoção, o ECA<sup>796</sup> assegura ao adotado o direito de conhecer a sua origem biológica, assim como de ter acesso irrestrito ao processo relativo a sua adoção. No entanto, entendemos que esta é uma situação diversa da que estamos a tratar, pois relaciona-se diretamente com o

<sup>794</sup> Com este entendimento, Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 734.

<sup>795</sup> Paulo Guerra atribui natureza salutar às normas estatuídas no artigo 56º, n.º 5 do RJPA e no n.º 3 do artigo 1986º do Código Civil e arremata: “Pode acabar o laço de parentesco legal mas não tem de mudar os afectos e os contactos frequentes entre os outrora irmãos”. Cf. Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 173.

<sup>796</sup> V. artigo 48 e § único do ECA.

conhecimento das origens do adotado, como veremos mais adiante, e não propriamente com a garantia de manutenção de contatos pessoais entre o adotado e sua família de origem, pelo que, *a priori*, o legislador brasileiro optou por não cancelar juridicamente esta possibilidade de manutenção de contatos, ao abrigo da lei. Não podemos olvidar que o ECA<sup>797</sup> prega também a impossibilidade de exercício do direito de visitas pelos pais biológicos nos casos de deferimento de guarda de criança ou de adolescente a terceiros, para fins de adoção. Esta previsão normativa nos acena, *a priori*, com a opção do legislador brasileiro pela não manutenção dos contatos entre o adotado (e também o adotando) com a sua família de origem. Se partirmos do pressuposto de que a adoção deve ter como mote o interesse da criança adotada na consolidação de vínculos fortes com o seu novo núcleo familiar, a opção do legislador faz sentido. Todavia, a constituição do vínculo jurídico da adoção não faz desaparecer a história anterior do adotado, tampouco eventuais afetos com a sua família natural, de modo que entendemos que este contato não deveria ser proibido de antemão e a todo custo, mas dependeria de uma delicada análise de cada caso concreto sobre o qual se debruça o julgador, com espreque no melhor interesse da criança adotada. Portanto, andou bem o legislador português ao romper paradigmas e admitir expressamente que, desde que se atenda ao melhor interesse do adotado, a constituição do vínculo adotivo, à partida, não exclui a manutenção de laços anteriores com a família biológica, prevenindo, pois, embates nos tribunais neste tocante.

Sabemos, contudo, que as situações da vida nem sempre são desenhadas de forma tão retilínea, pelo que, mesmo diante da permissão do legislador português, é importante refletirmos sobre como devemos compatibilizar e ponderar a anuência dos pais adotivos, a vontade da criança e o seu melhor interesse, neste domínio. Poderíamos indagar até que ponto a manutenção do vínculo é recomendável quando a manutenção deste laço pode dificultar a integração da criança à família adotiva, ou quando esta não seja uma demanda manifestada naturalmente pela própria criança ou, ainda, por receio dos pais adotivos de este tipo de relação vir a ameaçar o sucesso do projeto adotivo. Apesar de não serem perguntas fáceis, a resposta, a nosso ver, deve recair sobre o melhor interesse da criança. Pela redação literal do artigo 1986º, n.º 3 do Código Civil português, os dois requisitos (consentimento dos pais adotivos e atendimento ao melhor interesse da criança) são concomitantes e não alternativos. Como deverá então o julgador decidir diante da ausência de consentimento dos pais adotivos? Como bem argumenta Maria Margarida Silva Pereira, a norma do artigo 1986º, n.º 3 do Código Civil

---

<sup>797</sup> V. artigo 33, § 4º do ECA.

português deve ser entendida no sentido da sobreposição do superior interesse da criança sobre o consentimento dos adotantes<sup>798</sup>. Afinal, a tônica da adoção gira em torno da satisfação do melhor interesse da criança e da existência de reais vantagens para ela na constituição deste vínculo. Assim, no que tange a eventual receio dos adotantes de colocar em risco o êxito do projeto adotivo, argumentamos, mais uma vez, que não é o interesse dos adotantes o fator determinante neste tipo de relação, pelo que submeter a possibilidade de contato entre o adotado e família de origem ao alvedrio exclusivo dos adotantes equivaleria a subverter toda a tônica do instituto da adoção. Quanto à ausência de manifestação de vontade da criança, ponderamos que pode ocorrer de a criança adotada não demandar esta relação por sequer equacionar a necessidade de tecer este tipo de laço com a família de origem em razão da sua falta de maturidade<sup>799</sup>. Destarte, antes de mais, é preciso lembrar que a permissão do legislador português neste domínio, tanto no Código Civil, como no RJPA, é excepcional, de modo que a situação ideal envolve preservar ao máximo o adotado do turbilhão de emoções subjacentes à nova realidade de vida decorrente da adoção, de forma que possa concentrar os seus esforços e consolidar os seus vínculos com o novo núcleo familiar e com o futuro que para ele se desenha.

Outra diferença substancial digna de nota nos dois países diz respeito ao acompanhamento pós-adoção. Em Portugal, o acompanhamento pós-adoção é previsto no artigo 60º (n.º 1, 2 e 3) do RJPA e tem por escopo uma intervenção técnica especializada junto ao adotado e à família adotiva para fins de apoio na superação das adversidades que porventura surjam da relação entre filhos e pais adotivos<sup>800</sup>. Este tipo de acompanhamento tem lugar após o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, desde que haja requerimento expresso dos interessados, sendo que a intervenção técnica é encerrada aos dezoito anos de idade do adotado, podendo ser estendida até os vinte e um anos de idade. Em contrapartida, no Brasil, não há uma norma legal correspondente. Talvez o legislador brasileiro tenha partido da premissa de que, com a constituição do vínculo, o Estado não deveria mais se imiscuir na relação entre pais e filhos. Todavia, entendemos que devemos refletir acerca dos efeitos desta lacuna, principalmente no que tange à problemática relativa às “devoluções de crianças adotadas”. Será que os deveres estatais realmente deveriam cessar totalmente a partir do trânsito em julgado da sentença de adoção? Será que a previsão de uma fase pós-adotiva no Brasil, a

<sup>798</sup> Cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 710.

<sup>799</sup> *Ibidem*.

<sup>800</sup> Neste sentido, Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 155.

exemplo do que ocorre em Portugal, teria o condão de diminuir o risco das “devoluções” de crianças? A questão não é de simples solução. Como já ressaltamos, depois de constituído o vínculo através da sentença de adoção, esta é irreversível, posto que, assim como não é dado desistir de um filho gerado no útero materno, uma vez constituído o vínculo adotivo, este também é irreversível. Afinal, como as próprias Constituições abordadas pregam, é vedada a distinção entre filhos adotivos e não adotivos<sup>801</sup>, pelo que os filhos adotados são, a toda evidência, filhos, sem que haja espaço para adjetivos de qualquer natureza. Malgrado haja a previsão expressa acerca da irrevogabilidade do instituto, infelizmente, deparamo-nos com situações fáticas que envolvem “devoluções de crianças”<sup>802</sup>, mesmo após a sentença de adoção.

Tanto em Portugal, como no Brasil, há uma fase que antecede a constituição do vínculo através da sentença e que se consubstancia no momento adequado para avaliar o cumprimento dos requisitos legais para adotar, assim como a adaptação entre adotando e adotantes e, por fim, a conveniência da constituição deste vínculo. Em Portugal, esta fase é de natureza administrativa<sup>803</sup> e se desdobra em duas etapas, quais sejam, a fase preparatória e a fase de ajustamento entre crianças e candidatos. A fase preparatória<sup>804</sup> engloba o estudo de caracterização da criança e a sua preparação, bem como a candidatura à adoção, além da preparação, avaliação e seleção dos candidatos, ao passo que a fase de ajustamento<sup>805</sup> abarca a aferição de correspondência entre necessidades e capacidades, a organização do período de transição, o período de pré-adoção e o suprimimento das responsabilidades parentais. No Brasil, o processo de adoção é sempre de natureza judicial, de modo que é o juiz da Vara da Infância e da Juventude que terá competência para processar e julgá-lo. Embora não seja assim denominada pelo ECA, a fase inicial da adoção engloba a habilitação<sup>806</sup> dos candidatos à adoção e, posteriormente, o estágio de convivência entre adotando e adotantes, através da concessão de uma guarda provisória<sup>807</sup>. A maior parte dos casos de “devoluções” ocorre nesta fase do estágio de convivência, vale dizer, antes da constituição do vínculo, mas, excepcionalmente,

<sup>801</sup> V. artigo 36º, n.º 4 da CRP e artigo 227, § 6º da CRFB.

<sup>802</sup> Optamos por designar a expressão entre aspas, eis que, a toda evidência, crianças e adolescentes são seres humanos e não objetos, e, por tal razão, não podem ser alvo de devolução. Quanto à existência de número significativo de “devoluções de crianças e adolescentes” após a sentença de adoção, Cf. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>>. Acesso em 03 jul. 2020.

<sup>803</sup> V. artigo 40º do RJPA. Estas fases de natureza administrativa incumbem aos organismos de segurança social (artigo 7º do RJPA) ou a instituições particulares autorizadas.

<sup>804</sup> V. artigos 41º a 47º do RJPA.

<sup>805</sup> V. artigos 48º a 51º do RJPA.

<sup>806</sup> V. artigo 50 do ECA.

<sup>807</sup> V. artigos 46 e 167, *caput* e § único do ECA.

pode ocorrer depois da sentença. É que, pode ocorrer de o projeto adotivo idealizado pelos adotantes ser fulcrado em premissas fantasiosas, o que não lhes permite perceber que não é incomum que a relação entre pais e filhos seja permeada por sobressaltos e dificuldades inerentes a toda filiação, seja adotiva ou não. Não raro, esta percepção da realidade só ocorre depois de algum tempo de convivência entre adotantes e adotados. Desta forma, a fase inicial é a adequada não só para verificar a existência dos requisitos para a adoção, para avaliar o *matching* entre os perfis dos candidatos habilitados junto ao cadastro de adoção<sup>808</sup> e as crianças e adolescentes em situação de adotabilidade, mas também e principalmente para envidar um potente trabalho pedagógico destinado a esclarecer os candidatos acerca do efeito irrevogável da adoção, bem assim para os chamar à reflexão sobre os riscos de uma idealização do projeto adotivo, frente à realidade que se apresenta. Somente assim a equipe técnica terá condições de avaliar a real conveniência da constituição do vínculo da adoção, sempre com base no princípio do melhor interesse da criança, enquanto ainda há tempo para reprogramar o rumo do projeto adotivo de uma determinada criança, sem consequências desastrosas para o adotando, caso aquele projeto original seja infrutífero. E, para tanto, é preciso que os Tribunais de Família e de Menores e as Varas da Infância e da Juventude tenham em seus quadros profissionais bem capacitados, pertencentes a áreas multidisciplinares e em número suficiente para dar conta da demanda adotiva, desde a sua fase inicial. Assim, temos que, embora a fase inicial ou o estágio de convivência seja determinante para evitar ou, ao menos, diminuir a incidência de “devoluções”, a previsão de uma fase pós-adotiva não é inócua. Ao revés. Tal previsão é mais um mecanismo ou mais um filtro para evitar as indesejáveis “devoluções”, traduzindo-se em uma manifestação do dever do Estado no sentido de assegurar o êxito dos processos de adoção e de garantir o próprio direito à convivência familiar a crianças e adolescentes de forma mais segura, sendo, ainda, uma demonstração do seu “empenho no sucesso”<sup>809</sup> destes processos.

Para terminar este capítulo, abraçaremos as palavras de Jorge Duarte Pinheiro, que, em termos de adoção, pondera que, mesmo diante de alterações legislativas profundas, nada garante o “sucesso efectivo da operação”<sup>810</sup>. De fato, assiste razão ao nobre autor, já que, por mais que juízes e tribunais dominem todos os meandros técnicos que gravitam em torno da adoção e por

---

<sup>808</sup> Outra semelhança entre os dois ordenamentos jurídicos diz respeito à obrigatoriedade de existência de cadastros de adoção, vale dizer, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, de caráter nacional. V. artigo 10º do RJPA e artigo 50 e parágrafos, do ECA.

<sup>809</sup> Com este entendimento, cf. Maria Margarida Silva Pereira, **Direito da Família**, 2ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 742.

<sup>810</sup> Cf. Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 6ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2018, p. 143.

mais perfeita que seja a legislação correspondente, nada garante que esta relação terá um final feliz. Haverá sempre uma álea imprevisível, que deve ser creditada às especificidades na natureza humana. A nossa única certeza é reconhecer que talvez as legislações abordadas não sejam perfeitas em soluções, mas que cabe a todos nós, na qualidade de família, sociedade, operadores do Direito ou Estado, o manejo adequado de todos estes instrumentos legais tão duramente conquistados ao longo dos anos para assegurar que a infância de toda e qualquer criança não seja um espaço em branco. Não estamos a falar de assistencialismo à infância, tampouco de caridade, mas sim de um aspecto técnico que vai ao encontro do atual posicionamento da criança como sujeito de diversos direitos fundamentais, dentre eles, a convivência familiar. Afinal, as Constituições de ambos os países abordados atribuem ao Estado deveres correspondentes a este direito, motivo pelo qual todas as vezes em que uma família falha, nasce para o Estado o dever de garantir que nunca falte uma família para cada criança, a despeito de possíveis imperfeições que venham a envolver este percurso.

## REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Findo o percurso principal deste trabalho, acreditamos ter fornecido argumentos para responder às indagações formuladas na parte introdutória. Em primeiro lugar, sob uma perspectiva geral, desmistificamos a abordagem normalmente conferida à convivência familiar pela doutrina e jurisprudência, ampliando-a para além do Direito de Família e trazendo-a para a órbita do Direito Constitucional. Com isto, não queremos afirmar que estamos a tratar de um novo direito, mas tão somente que é possível um novo ponto de vista para um direito que já está consolidado há tempos, em ambos os ordenamentos jurídicos abordados, bem como em diversos documentos internacionais, mas, não raro, subestimado.

Para alcançar o objetivo geral mencionado, levamos a efeito alguns objetivos específicos outrora traçados, pelo que, nesta altura, podemos fazer algumas considerações finais.

Em um momento inicial, o enquadramento histórico comparativo da evolução do regime jurídico dos direitos da criança em termos internacionais e também no cenário luso-brasileiro teve por objetivo, sobretudo, afirmar uma premissa essencial para fins deste trabalho, qual seja, a de que, após uma longa trajetória, crianças e adolescentes deixaram de ser encarados como objetos de proteção para dar lugar a sujeitos de diversos direitos fundamentais, assim como todas as demais pessoas.

A convivência familiar está medularmente relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade e, por consequência, à dignidade da pessoa humana, na medida em que, todas as vezes em que não houver oportunidade para uma criança exercer o seu direito de viver uma filiação segura e feliz, não restará espaço para uma vida digna. Em sendo os direitos fundamentais “concretizações das exigências da dignidade da pessoa humana”<sup>811</sup>, tal assertiva já é um sinalizador inicial da natureza jusfundamental deste direito.

---

<sup>811</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 106. A ideia já fora por nós desenvolvida no capítulo 4.



A existência de uma principiologia específica do direito das crianças e dos adolescentes permite-nos uma melhor compreensão do sentido de diversos institutos abordados e nos auxilia, na medida em que fornece um norte na tarefa de optar por determinadas soluções quando somos confrontados com as inúmeras situações da vida em que se contrapõem diversos direitos e interesses constitucionalmente protegidos e titularizados por crianças e adolescentes e que, no mesmo grau, ensejam deveres prestacionais e de proteção estatais. Por questões de metodologia, optamos por abordar os princípios estruturantes consagrados na CDC, com especial destaque para o princípio do melhor interesse da criança. Embora adotemos o entendimento no sentido de que, à partida, não há uma hierarquia propriamente dita entre os princípios estruturantes, não há como deixar de conferir especial destaque para o princípio do melhor interesse da criança, na medida em que defendemos o seu conteúdo sintetizador de toda a tônica dos demais princípios. Em que pese a sua natureza subjetiva e maleável, é possível densificar o princípio do melhor interesse da criança através da esquematização de algumas fontes normativas que trazem em seu bojo os fatores mínimos a serem considerados para a aferição deste melhor interesse, tais como, o Comentário Geral n° 14 de 2013 sobre o Direito da Criança, adotado pelo Comitê dos Direitos da Criança, o *Children's Act* de 1989, o artigo 1878º, n.º 1 do Código Civil português e o artigo 4º do ECA.

O direito à convivência familiar pode ser identificado a partir de diversas fontes normativas, seja no âmbito da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, seja em ambas as Constituições abordadas ou, ainda, através de diversas normas infraconstitucionais dispersas em ambos os ordenamentos jurídicos. Embora o foco deste trabalho seja voltado às crianças e aos adolescentes, o direito à convivência familiar é titularizado por diversos integrantes de um determinado núcleo familiar, dentre os quais, podemos incluir integrantes da família alargada. Todavia, a nossa preferência de enfoque deve-se não só ao fato de o nosso trabalho ter uma perspectiva infantojuvenil, mas também por força do princípio do melhor interesse da criança, que faz com que a titularidade deste direito por parte da população infantojuvenil seja preponderante quando confrontada com este mesmo direito titularizado pelas demais pessoas. Embora os Estados-Partes signatários da CDC apresentem realidades fáticas muito distintas, o fato é que as suas Constituições, em sua maioria e cada uma à sua maneira, possuem normas que nos remetem a um direito à convivência familiar, ainda que tais normas apresentem estruturas e graus de proteção diversos para este direito.

A convivência familiar possui a natureza jurídica de direito fundamental, tanto no ordenamento jurídico-constitucional português, como no brasileiro, embora esteja sistematizada de maneiras diferentes em cada um destes ordenamentos. As características intrínsecas a este direito (fundamentalidade, universalidade, permanência, indisponibilidade, dentre outras), por si próprias, já nos remetem à sua natureza jusfundamental. Para além disto, no Direito Brasileiro, tal enquadramento jusfundamental é “duplamente fundamentado”<sup>812</sup>, já que decorre não só de uma previsão constitucional expressa neste sentido, mas também de uma análise sistemática de diversos dispositivos legais, conjugados, ainda, com a Convenção Sobre os Direitos da Criança (CDC). No Direito Português, em que pese a ausência de um dispositivo constitucional expresso que reconheça a convivência familiar como um direito fundamental assim denominado, a construção do raciocínio no sentido deste enquadramento jusfundamental surge de uma análise sistemática de diversos dispositivos constitucionais e legais, sem prejuízo da previsão na CDC e em outros documentos internacionais. A sistematização bipartida dos direitos fundamentais na CRP não impede o reconhecimento da natureza jusfundamental do direito em tela, já que, no sistema jurídico-constitucional português, o direito à convivência familiar é uma construção por nós edificada a partir da articulação de diversos dispositivos constitucionais, diluídos dentre os direitos, liberdades e garantias (sobretudo o dispositivo que trata da inseparabilidade entre pais e filhos e o que dispõe acerca do direito ao desenvolvimento da personalidade) e os direitos econômicos, sociais e culturais (sobretudo as normas que tratam da proteção à infância e à juventude).

O enquadramento jusfundamental da convivência familiar não é uma assertiva vazia, já que é exatamente esta jusfundamentalidade que nos permitirá equacionar diversas questões e solucionar problemáticas práticas que gravitam em torno do tema, geralmente relacionadas à colisão de bens e interesses constitucionalmente protegidos, o que pode envolver a ponderação de interesses titularizados por uma mesma criança ou por esta e terceiros. Isto porque o fato de a convivência familiar ser um direito fundamental faz com que goze de um regime fortalecido, que lhe confere primazia, quando confrontado com outros direitos que não tenham o mesmo *status*. Para além disto, a jusfundamentalidade equivale a dizer que todos os poderes públicos, cada um à sua maneira e dentro das suas esferas de deveres, estão vinculados às normas que

---

<sup>812</sup> A expressão é de Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo. Cf. Tânia da Silva Pereira/ Carolina de Campos Melo, “Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais consolidados na Constituição de 1988”, in **Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)**, Vol. 6, número 23, Rio de Janeiro, 2003, pp. 257-258.

pregam a convivência familiar. Por sua vez, a natureza jusfundamental confere às normas que tratam da convivência familiar aplicabilidade direta e imediata, carecendo de intermediação legislativa para que produzam os seus efeitos. Mesmo quando estivermos diante de uma norma constitucional afeta à convivência familiar dotada de baixa densidade normativa, sempre haverá um conteúdo mínimo que não poderá ser afastado pelos poderes constituídos, mormente se esta norma for compreendida em articulação com as demais que versam sobre o mesmo direito.

Podemos também analisar o direito à convivência familiar através do prisma dos diversos deveres estatais a ele associados, já que o Estado desempenha um papel crucial na garantia deste direito, através de cada um dos poderes constituídos. Dentro de cada uma de suas esferas de atuação, o legislador, a administração pública, os juízes e os tribunais estão consorciados no dever de assegurar a convivência familiar a toda a população infantojuvenil, seja através do desempenho de deveres de caráter negativo, abstendo-se de interferir em determinadas situações, seja através do desempenho de tarefas de cunho positivo, viabilizando o acesso a este bem de natureza jusfundamental. Como já sublinhamos, em última análise, o dever estatal associado ao direito do qual estamos a tratar consiste em assegurar a todas as crianças e adolescentes, enquanto durar o período da infância e da juventude, indistintamente, o convívio com sua primeira comunidade, qual seja, a família natural, consubstanciada pelos seus genitores, ou, à falta destes ou de um destes, o convívio com o outro genitor e/ou outro familiar com quem possua laços de afeto, salvo se tal convívio for de encontro ao seu melhor interesse, caso em que o Estado terá o dever de viabilizar e garantir que tal convívio seja realizado por uma família substituta, como forma de proporcionar o seu saudável crescimento e o desenvolvimento de sua personalidade, sempre tendo como parâmetro o princípio do melhor interesse da criança.

As legislações de ambos os países abordados consolidaram instrumentos para garantir a convivência familiar a crianças e adolescentes, dentre eles, a guarda, a tutela, o acolhimento familiar, o apadrinhamento e a adoção. Apesar do esforço do legislador no sentido de estabelecer uma sintonia com as normas constitucionais que tratam da convivência familiar, como apontamos, ainda há algumas arestas a serem aperfeiçoadas nestes institutos, seja através de alterações legislativas, seja através da criação de determinadas políticas públicas ou de uma mudança de interpretação de todo o arcabouço legislativo que versa sobre a matéria por parte dos operadores do Direito, sempre em busca do melhor interesse da criança.

Por derradeiro, arriscamos dizer que, se tivéssemos que escolher o aspecto mais importante de todo este percurso, vale dizer, caso nos fosse solicitado optar por algo que realmente tivesse o condão de traduzir de forma mais fidedigna a nossa intenção ao abordar um tema tão delicado, diríamos que, a despeito da importância da análise de todos os aspectos dogmáticos do direito tratado, é preciso que não nos percamos pelo caminho para não correremos o risco de esquecer do que realmente importa. Em tempos de aridez no relacionamento entre as pessoas, impulsionada pelas exigências do mundo contemporâneo e pelas inovações tecnológicas, sobreleva ressaltar o que há de mais importante para a formação e para o desenvolvimento da personalidade de todos nós: a família, o afeto e as relações humanas. Assim, sempre que estivermos prestes a nos embrenhar pelos meandros das discussões jurídicas sobre o direito à convivência familiar, teremos que compreender<sup>813</sup> que, por trás deste direito, residem incontáveis vidas de crianças e adolescentes que nada sabem sobre os seus aspectos técnicos, mas que sentem todos os dias os efeitos da pouca importância que a ele se dá, o que desemboca no inóspito terreno da falta que uma família (seja de que tipo for) faz na vida de qualquer ser humano. Esta é a verdadeira bússola que jamais nos deixará falhar nesta árdua missão. Na esperança de que este trabalho seja um modesto contributo para o despertar de uma nova consciência acerca da relação medular entre a família, a infância e a adolescência, parafrasearemos Paulo Guerra, para não perder de vista o essencial: “E não esqueçam o principal- para fazer todo o resto, muitas vezes, basta o amor!”<sup>814</sup>.

---

<sup>813</sup> Sobre este aspecto, não poderíamos deixar de lembrar as palavras de Piero Calamandrei, que soam mais atuais do que nunca: “Debaixo da ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais (...) Justiça é compreensão, isto é, abarcar e conciliar os interesses opostos: a sociedade de hoje e as esperanças de amanhã, as razões de quem a defende e as de quem a acusa. Cf. Piero Calamandrei, **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995, p. 280.

<sup>814</sup> Cf. Paulo Guerra, **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 353.

## REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada. Uma nova realidade para o Direito de Família Brasileiro. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**, São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 41-47.

ALARCÃO, Madalena. **(Des) equilíbrios familiares. Uma visão sistêmica**, 3ª edição, Coimbra: Editora Quarteto, 2006.

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **O Exercício dos Direitos dos Incapazes. Uma leitura a partir dos princípios constitucionais**. 1ª ed., Curitiba: JM Editora, 2011.

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. Estoril: Princípia Editora, 2007.

ALEXANDRINO, José Melo. Os Direitos das Crianças. Linhas para uma construção unitária. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano n.º 68, Lisboa, 2008, pp. 275-307.

ALEXANDRINO, José Melo. **O Discurso dos Direitos**. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ALSTON, Philip. The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. In: FREEMAN, Michael D. A. (org.). **Children's Rights**. vol. II, Aldershot: Dartmouth Publishing Company & Ashgate Publishing Limited, 2004, pp. 183-207.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. A criança e os seus direitos. In: LEANDRO, Armando; LUCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo Guerra (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 163-176.

AMARAL, Maria Lúcia. O Princípio da igualdade na Constituição portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35-58.

AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 21-34.

AMIN, Andrea Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente, In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006, pp. 3-11.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5a ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

ARCHARD, David William. **Children, Family and the State**, Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2003.

ARIÈS, Philippe. **História da vida privada**. Trad. de Sílvio Costa e Fátima Marins com revisão científica de Armando Luís de Carvalho Homem, vol. III, Lisboa: Ed. Afrontamento, 1990.

ARIÈS, Philippe. **A criança e a vida familiar no Antigo Regime**. Trad. de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria, Lisboa: Ed. Relógio D'Água, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. **Gestão Familiar & Delinquência Juvenil. Ensaio criminológico no direito brasileiro e português**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7a ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, pp. 233-289.

BARROSO, Luís Roberto. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação de seu conteúdo. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M. ; LOREIRO, João Carlos (Org.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 123-150.

BARROWS, Samuel J. **Children's Courts in the United States. Their Origin, Development and Results**. Washington: Government Printing Office, 1904.

BITTENCOURT, Sávio. **A Nova Lei de Adoção. Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**, Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 2010.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**, prima edizione, Torino: Giulio Einaudi ed., 1997.

BOLIEIRO, Helena. O Direito da Criança a uma Família: algumas reflexões. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 99-109.

BOLIEIRO, Helena/ GUERRA, Paulo. **A Criança e a Família. Uma questão de direitos**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça- Recurso Especial n.º 1481531/SP; Relator: Ministro Moura Ribeiro; Terceira Turma; Data do julgamento: 16/02/2017, DJE de 07/03/2017. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num\\_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF)>.

Acesso em 08 set. 2020.

BRASIL. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Terceira Câmara Cível; processo n.º 0040508-56.2018.8.19.0000; Conflito de competência; Desembargador (a). Renata Machado Cotta; Data de julgamento: 05/09/2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em 08 set. 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça. HC 422635/ SP *HABEAS CORPUS* 2017/0281009-6- Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro; Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ; Data do Julgamento: 26/02/2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92274762&num\\_registro=201702810096&data=20190312&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92274762&num_registro=201702810096&data=20190312&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 08 set. 2020.

BRASIL. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Processo n.º 0016252-84.2015.8.19.0087; Apelação; Relator Desembargador: Carlos Eduardo Moreira da Silva; Data de Julgamento: 26/02/2019; Vigésima Segunda Câmara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>>. Acesso em 08 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277/D.F; Relator: Ministro Ayres Britto; Data do julgamento: 05/05/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Processo n.º 70063148969; Embargos de declaração; Relator Desembargador: Alzir Felipe Schmitz; Data de julgamento: 12/02/2015; Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em 15 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ- Recurso Especial n.º 1.199.465/ DF (2010/0120902-0) Data do julgamento: 14/06/2011. Relatora: Ministra Nancy Andrichi; Disponível: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>



1069454&num\_registro=201001209020&data=20110621&formato=PDF> ou em  
<www.stj.jus.br>. Acesso em 23 set. 2018.

BRIGAS, Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso. **As Relações de Poder na construção do Direito da Família Português**. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

BRIGAS, Míriam Cláudia de Sousa Silva Afonso. **O Direito da Família na História do Direito Português (dos antecedentes ao século XVIII). Primeiras Reflexões**, vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

CADETE, Ana Lúcia. O Apadrinhamento Civil: as potencialidades do instituto- o caso do Bruno. In: **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**. ano 10, nº 20. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 137-141.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juizes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen juris*, 1999.

CAMPOS, José António Segurado e. No tempo dos decênviros: reflexões em torno da Lei das XII Tábuas e suas relações com o Direito Grego. In: LEO, Delfim F; ROSSETTI, Livio; FIALHO, Maria do Céu G. Z. (coord.). **Nomos: Direito e sociedade na Antiguidade Clásica**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, pp. 297-350.

CANAS, Vitalino. **Relação Jurídico-Pública**. separata do vol. VII do DJAP (Dicionário Jurídico da Administração Pública), Lisboa, 1996, pp. 207-234.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição (19ª reimpressão), Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/ MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARMO, Rui do. A evolução e os novos desafios do instituto da adoção. In: RODRIGUES, Maria de Lurdes; GAROUPA, Nuno; MAGALHAES, Pedro; GOMES, Conceição; FONSECA, Rui Guerra (org.). **40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal**. Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 801-826.

CARMO, Rui do. Contributo para a revitalização das Comissões (alargadas) de protecção de crianças e jovens. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.), **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 335-351.

CHAGAS, Isabela Pessanha. **Crianças em família. Medidas de colocação de crianças: Família substituta e família de acolhimento**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Duarte Pinheiro, Lisboa, 2006.

CHAVES, Marianna/ NETO, Raphael Carneiro Arnaud. Adoção por Indivíduos e casais homossexuais: O melhor interesse da criança materializado no direito à convivência familiar, In: CORDEIRO, António Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; GOMES, M. Januário da Costa; PINHEIRO, Jorge Duarte (org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 233-254.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. **Tratado de Direito Civil**. Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2012.

CORREIA, Sérvulo. **O Direito de Manifestação. Âmbito de protecção e restrições**. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

CORREIA, Sérvulo. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes: teses. In: MIRANDA, Jorge Miranda (Coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Lisboa, 2004, pp. 969-970.

COURBE, Patrick. **Droit de la famille**. 4ème édition, Paris: ed. Armand Colin, 2005.

COUTINHO, Luís Pereira. **Teoria dos Regimes Políticos**. Lisboa: AAFDL Editora, 2019.

CYRULNIK, Boris. **Sob o signo do afecto**. Lisboa: Instituto Piaget, 1989.

CYRULNIK, Boris. **Nutrir os Afectos**. Instituto Piaget, Lisboa, 1993.

DELGADO, Paulo. A reforma do acolhimento familiar de crianças: conteúdo, alcance e fins dos novo regime jurídico. In: **Análise Social. Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**, vol. XLV, n.º 196, Lisboa, 2010, pp. 555-580.

DIAS, Cristina M. Araújo. Nos 25 anos da Convenção sobre os direitos da criança: A proteção dos direitos da criança na lei de proteção de crianças e jovens em perigo. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (Coord.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**. Lisboa, 2016, pp. 329-343.

DINIZ, João Seabra. Família lugar dos afectos. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 143-162.

DUARTE, David José Peixoto. Perspectivas Constitucionais da Família. In: FÉLIX, António Braga; NAZARETH, Joaquim António Pantoja; RIBEIRO, Maria Teresa, DUARTE, David José Peixoto (Coord.). **Traços da Família Portuguesa, Direcção-Geral da Família**. 1994, pp. 77-112.

DUARTE, Jorge Dias. Sobre a obrigatoriedade da audição de menores (comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20 de Novembro de 2014, proc. nº 43/13.4TMBRG.G1.RG: protecção de crianças e jovens em perigo - instrução do processo - preterição da audição do menor - nulidade da decisão). In: **Revista do Ministério Público**. Lisboa, ano 36, n.º 141, janeiro a março de 2015, 1980, pp. 199-211.

DUVAL, Christophe Eoche. Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle? In: **Chroniques. Enfance. Études et Commentaires**, n.º 12, Paris: Recueil Dalloz, 2013, pp. 786-791.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. **Bloomsbury Revelations, Bloomsbury Publishing**, Edição do Kindle, formato *ebook*.

FERNANDES, Natália. Princípios e objetivos do acolhimento familiar. In: DELGADO, Paulo (Coord.). **Acolhimento familiar de crianças. Pelo direito de crescer numa família**. 2ª ed., Mundos de Vida, 2016, pp. 23-24.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais. A questão (pendente) do acordo dos progenitores. In: **Revista Julgar**, n.º 33, Coimbra: Editora Almedina, 2017, pp. 89-108.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FILHO, Waldyr Grisard. A guarda compartilhada de filhos no marco das famílias reconstituídas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *et al* (coord.). **Problemas da Família no Direito**. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2012.

FRANÇA. Acórdão da 2ª Câmara de Direito Civil da Corte de Cassação Francesa; Apelação Processo n.º 83-11071; Data: 02/05/1984; Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007013618&fastReqId=638963727&fastPos=1>>. Acesso em 05 jun. 2020.

FREEMAN, Michael D. A. Taking children's rights more seriously. In: Michael D. A. (org.), **Children's Rights**. vol. I, Aldershot: Dartmouth Publishing Company & Ashgate Publishing Limited, 2004, pp. 171-190.

FREITAS, Dinamene. **O Acto Administrativo Inconstitucional. Delimitação do conceito e subsídio para um contencioso constitucional dos actos administrativos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional II. Cidadania e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas. Justiça e Democracia**, trad. Francisco Aragão. Editora Intituto Piaget, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GIL, Ana Rita. A convivência familiar nos casos de regulação e exercício das responsabilidades parentais à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. In: **Revista do Ministério Público**. I53, ano 39, Lisboa, 2018, pp. 61-91.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. **Beyond the Best Interests of the Child**. New York: The Free Press, 1973.

GOMES, Manuel Tomé. A valoração das perícias e avaliações das equipas de assessoria técnica. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 2, 2º semestre de 2018, Lisboa, 2018, pp. 243-254.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família. Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GONÇALVES, João Luís. **Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens**. Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018.

GROENINGA, Giselle Câmara. Fundamentos dos direitos da personalidade das crianças e sua relação com os pais. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coord.). **Escritos de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, pp. 307-323.

GUERRA, Paulo. A Adopção- o Segundo Nascimento do ser humano. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n.º 1, 1º semestre de 2018, Lisboa, 2018, pp. 215-239.

GUERRA, Paulo. **Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada**. 4ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2019.

GUIMARÃES, Juliane Mósso Beyruth de Freitas. **A Evolução da legislação de protecção das crianças e adolescentes**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Teoria do Direito, Lisboa, 2018.

GUIMARÃES, Juliane Mósso Beyruth de Freitas. **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e o Princípio do Superior Interesse da Criança Acolhida Institucionalmente**, Relatório inédito apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas- Especialidade em Direitos Fundamentais, na disciplina de Direitos Fundamentais, Lisboa, 2018.

GUIMARÃES, Maria Raquel. O novo regime português do apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro). In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster**, separata, Coimbra: Editora Almedina, 2011, pp. 479-497.

HATHAWAY, Gisela Santos de Alencar. Fontes internacionais e comparadas de justiça juvenil e sua aplicação no Brasil, In: ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral (coord.). **Justiça Juvenil. Paradigmas e Experiências comparadas**. 1ª ed., São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017, pp. 57-94.

HEIJDEN, Franciëlla Van Der; GÄHLER, Michael; HÄRKÖNEN, Juho. Are Parents with Shared Residence Happier? Children's Postdivorce Residence Arrangements and Parents' Life Satisfaction, **Stockholm Research Reports in Demography**, 2015.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O Justo e o Injusto**. Reimpressão, Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

JÚNIOR, José Marinho Paulo. O poder jurisdicional de supressão de omissões e o acesso à justiça e aos direitos fundamentais menoristas. In: GARCIA, Emerson (coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2004, pp. 441-497.

JUNIOR, Luis Clóvis Machado da Rocha. Direito das gerações futuras: uma compreensão dogmática adequada ao constitucionalismo do século XXI. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **A Constituição no limiar do século XXI**. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, pp. 127-197.

JUNIOR, Nelson Nery; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. In: **Revista de Direito Privado**. vol. 12, São Paulo: Editora Thomson Reuters, 2002, pp. 9-49.

KEY, Ellen Karolina Sofia. **Le Siècle de l'Énfant**. Paris: Ernest Flammarion Éditeur, 1900.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente. Direitos fundamentais, Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional**, Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LANSDOWN, G. The evolving capacities of the child. **Innocenti Research Centre**, UNICEF/Save the Children, Florence, 2005.

LEAL, Ana Teresa *et al.* **Poder parental e Responsabilidades parentais**. Lisboa: Ed. *Quid juris*, 2010.

LEANDRO, Armando Gomes. Direitos da criança e comunidade. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo. (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 43-78.

LEANDRO, Armando Gomes. Os Direitos das Crianças nas Instituições. In: **Revista do Instituto de Reinserção Social**. n.º 3, Lisboa, 2005, pp. 15-24.

LLORENS, Jorge Cardona. El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño. In: CABALLERO, Susana Sanz

(Coord.). **El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Internacional, Comparada y Española**. 1ª ed., Navarra: Editora Thomson Reuters, 2017, pp. 99-110.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LOCKE, John. **Some thoughts concerning education**. Edited by John W. and Jean S. Yolton, Oxford: Clarendon Press, 1990.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pp. 69-74.

MADERA, Gregorio Lopez. **Las Siete Partidas: del sabio rey D. Alfonso el nono**, Vol. III, Madrid: Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado, 1985.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Manual de Direito da União Europeia**. 2ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2017.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais. Separata de Direito e Justiça, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, tomo 2, vol. XV, 2001, pp. 189-230.

MARTINS, Cláudia Sofia Antunes. As mutações do estatuto jurídico da criança e do jovem. Compreender a sua evolução ao longo da História. In: **Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**. Braga, tomo LXVI, n° 343, 2017, pp. 111-156.

MARTINS, Cláudia Sofia Antunes. “Das Primeiras Leis de Protecção da Infância e Juventude, em Portugal, à Entrada em vigor da L.P.C.J.P”. In: **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, n.º22, Porto, 2012, pp. 133-173.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**, ano 5, n° 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pp. 25-40.



MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora. O direito dos avós às relações pessoais com os netos na jurisprudência recente. In: **Revista Julgar**. n.º 10, Lisboa, 2010, pp. 59-75.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. “A presunção jurídica de residência alternada e a tutela do superior interesse da criança”, In: **Revista do Ministério Público**. ano 39, n.º 156, Lisboa, 2018, pp. 123-155.

MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRANDA, Jorge (Coord.), **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 657-683.

MEDINA, Maria do Carmo. **Direito de Família**. 1ª ed., Lobito: Escolar Editora, 2011.

MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e privado**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1961.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. Una Reflexión Crítica Imprescindible. In: ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral (coord.). **Justiça Juvenil. Paradigmas e Experiências comparadas**. 1ª ed., São Paulo: Editora Marcial Pons, 2017, pp. 9-10.

MICHEL, Grégory; PURPER-OUAKIL, Diane. **Personalidade e Desenvolvimento: Do normal ao patológico**. Trad. Joana Chaves, Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRANDA, João. **Contributo para o estudo das fronteiras constitucionais da função administrativa e da função jurisdicional**, Relatório no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa, 1997.

MIRANDA, João. O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. vol. II, Coimbra, 2010, pp. 433- 458.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Tomo IV, 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MIRANDA, Jorge. Introdução ao Direito da Educação: Direito Português e Direito Brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Público**, vol. 1, n° 2, junho de 2014, pp. 1-29.

MIRANDA, Jorge. Sobre a relevância constitucional da família. In: **Revista Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado português e brasileiro**, tomo LXIV, n° 338, Braga: Editora Universidade do Minho, 2015, pp. 267-282.

MIRANDA, Jorge. Sobre o princípio da igualdade. In: HOMEM, Antônio Pedro Barbas; GUERRA, Paulo (Coord.). **As Conferências do Centro de Estudos Judiciários 2014-2015**, Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 43-85.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

MORAIS, Daniel Silva; PINHEIRO, Jorge Duarte. **Hipóteses e materiais para a disciplina de Direito da Família**. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

MORAIS, Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva. O casamento no Direito Romano. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque**. Lisboa: Coimbra Editora, 2006, pp. 285-314.

NALINI, José Renato. A tragédia familiar. Reflexões sobre a falta de amor. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Família: Patrimônio da Humanidade**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, pp. 123-141.

NETO, Cláudio Pereira de Souza/ SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª edição. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

NETO, Francisco Maia. Regime de execução das medidas de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 303-315.

NETO, Jayme Martins de Oliveira. A família na atualidade. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho Perazzolo; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Família: Patrimônio da Humanidade**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, pp. 109-112.

NIKOLINA, Natalie. Divided Parents, Shared Children. **Legal aspects of (residential) co-parenting in England, The Netherlands and Belgium**. Cambridge: Intersentia Ltd., 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais**. volume I, Coimbra: Editora Almedina, 2016.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Educação e Justiça Social**. Trad. de Graça Lami. Mangualde: Editora Pedago LDA, 2014.

OKIN, Susan Moller. **Justice, Gender and the Family**. United States of America: Perseus, 1989.

OLIVEIRA, Guilherme de. O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. In: **Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família**. ano 5, n.º 10, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pp. 5-16.

OLIVEIRA, Guilherme de. A residência alternada na lei nº 61/2008. In: CORDEIRO, António Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; GOMES, M. Januário da Costa; PINHEIRO, Jorge Duarte

(org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte Real**. Coimbra: Editora Amedina, 2016, pp. 83-95.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2000.

ORTEGA y GASSET, José. **O que é a filosofia?: ensaio**. Trad. de José Bento, 2ª ed., Lisboa: Edições Cotovia, 1999.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OTERO, Paulo. Personalidade: um repensar do seu início. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, pp. 1011-1022.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. vol. I, 2ª reimpressão da edição de novembro de 2013, Coimbra: Editora Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. vol. I, 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007, Coimbra: Editora Almedina, 2017.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, pp. 989-1010.

PEDROSO, João. Direito de Menores, um direito social?. In: VIDAL, Joana Marques (Coord.), **O Direito de Menores. Reforma ou Revolução?** Lisboa: Edições Cosmos, 1998, pp. 51-81.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 2ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Universidade da Faculdade de Direito de Lisboa, Centro de Investigação de Direito Privado, A. 1, n.º 1, Lisboa, 2015, pp. 1871-1893.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. *Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada*. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de abril de 2020, 17h41 h. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>. Acesso em 04 jun. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais consolidados na Constituição de 1988. In: **Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)**, vol. 6, n.º 23, Rio de Janeiro, 2003, pp. 252-271.

PERNICE Ingolf. European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States. Implications for Brexit. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Tomo I, vol. 93, Coimbra, 2017, pp. 211-244.

PESTANA. Catalina. Crianças Institucionalizadas. Parentes Pobres da Investigação. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (org.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 259-284.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Limites ao exercício das responsabilidades parentais em matéria de saúde da criança**. 1ª edição. Lisboa: Gestlegal, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6ª edição. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL Editora, Lisboa, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Novos pais e novos filhos: sobre a multiplicidade no Direito da Família. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira. (coord.). **I Congresso Luso-Brasileiro de Direito**. Coimbra: Editora Almedina, 2014, pp. 173-182.

PINHEIRO, Jorge Duarte. As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de Sousa et al (coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. vol. VI, Lisboa., 2012, pp. 529-541.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais. In: FREITAS, José Lebre de *et al.* **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Carlos Ferreira de Almeida**. vol. III, Coimbra: Editora Almedina, 2011, pp. 475-488.

PINTO, Paulo Mota. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos**. 1ª ed., Coimbra: Editora Gestlegal, 2018.

POIARES, Carlos. **Edição Comemorativa da Lei de Protecção da Infância, 27 de maio de 1911**, Lisboa: Editora da Faculdade de Psicologia Forense da Universidade Lusófona, 2010.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto- 5ª Secção; Relator: Ana Paula Carvalho; Apelação. Processo n.º 10588/10.2TBVNG. P1. Data do acórdão: 04/11/2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/400929930db4d40780257c28003dc8ec?OpenDocument&Highlight=0,10588%2F10.2TBVNG,P1>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Jorge Leal; Apelação. Processo n.º 2366/09.8TMLS-B.L1-2; Data do acórdão: 21/06/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3784e8ede0c4712d80257a80003e55a8?OpenDocument&Highlight=0,2366%2F09.8TMLS-B.L1-2>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Afonso Henrique; Apelação. Processo n.º: 783/11.2TBRR.L1-1; Data do Acórdão: 20/03/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/75074309b70e7a8c802579ce00464024?OpenDocument&Highlight=0,783%2F11.2TBRR.L1-1>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Arlindo Crua; Apelação. Processo n.º: 2403/15.7T8SXL-A.L1-2; Data do Acórdão: 23/05/2019. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9ef593851a30c46280258408002b89ae?OpenDocument&Highlight=0,2403%2F15.7T8SXL-A.L1-2>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Luis Filipe Sousa; Apelação. Processo n.º: 2261/17.7T8PDL.L1-7; Data do acórdão: 27/11/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/10988407e6d97c068025838d005c694e?OpenDocument&Highlight=0,2261%2F17.7T8PDL.L1-7>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Ana Rodrigues da Silva; Apelação. Processo n.º 29241/16.7T8LSB-A.L1-7; Data do acórdão: 18/06/2019. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3f3fe035dd6ab3a58025844a0037b7c8?OpenDocument&Highlight=0,29241%2F16.7T8LSB-A.L1-7>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto; Relator: Ana Paula Carvalho; Apelação. Processo n.º 10588/10. 2TBVNG. P1; Data do acórdão: 04/11/2013. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/400929930db4d40780257c28003dc8ec?OpenDocument&Highlight=0,10588%2F10,2TBVNG,P1>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Luis Filipe Sousa; Apelação. Processo: 2261/17.7T8PDL.L1-7; Data do Acórdão: 27/11/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/10988407e6d97c068025838d005c694e?OpenDocument&Highlight=0,2261%2F17.7T8PDL.L1-7>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Ana Rodrigues da Silva; Apelação. Processo n.º 29241/16.7T8LSB-A.L1-7; Data do julgamento: 18/06/2019. Disponível

em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3f3fe035dd6ab3a58025844a0037b7c8?OpenDocument&Highlight=0,29241%2F16.7T8LSB-A.L1-7>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça; Relator: Silva Paixão; Processo n.º 98A058; Data do acórdão: 03/03/1998. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/87bb42a7f2cf6b24802568fc003b7d93?OpenDocument&Highlight=0,98A058>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra; Relator: Jaime Ferreira; Apelação. Processo n.º 50031-B/2000.C1; Data do julgamento: 26/02/2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/193b6f78057eb434802573fe00553209?OpenDocument&Highlight=0,50031-B%2F2000.C1>>. Acesso em 08 set. 2020.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; Relator: Adelaide Domingos; Processo n.º 3382/11.5TBVFX-A.L1-1, Data do julgamento: 10/04/2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/edf598ec9c43871f80258298003ab376?OpenDocument&Highlight=0,3382%2F11.5TBVFX-A.L1-1>>. Acesso em 08 set. 2020.

POZZOLI, Lafayette. A comunicação e a mediação no seio da família: a fraternidade como desafio do século XXI. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho Perazzolo; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Família: Patrimônio da Humanidade**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2016, pp. 143-155.

RAMIÃO, Rúben. A Teoria dos Princípios. In: **O Direito**. A. 146, n.º 4, Lisboa, 2014, pp. 971-1035.

RAYMOND, Guy. **Droit de l'enfance et de l'adolescence**. 4e édition, Paris: Éd. LITEC, 2003.



RIBEIRO, Alcina Costa. Autonomia da criança no tempo de criança. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 11-33.

RIBEIRO, Alcina Costa. O Direito de Participação e Audição da Criança nos Processos de Promoção e Protecção e nos Processos Tutelares Cíveis. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. n.º 2, 2º semestre de 2015, Lisboa, 2015, pp. 123-151.

RICHTER, Daniela; VIEIRA, Gustavo Oliveira; TERRA, Rosane Mariano da Rocha Barcelos. A Proteção Internacional da Infância e Juventude: Perspectivas, Contextos e Desafios. In: PES, João Hélio Ferreira (org.). **Direitos Humanos. Crianças e Adolescentes**. Curitiba: Editora Juruá, 2010, pp. 43-68.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Superior Interesse da Criança. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 35-41.

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. A moderna interpretação dos Direitos Fundamentais. In: MATIAS, João Luis Nogueira (coord.). **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 104-120.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direito da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, pp. 131-183.

SANTIAGO, Rafael da Silva. Princípios internacionais do Direito de Família. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. A. 1, n.º 9, Lisboa, 2012, pp. 5483-5521.

SANTOS, Maria Ignez Franco. **A Proteção dos Expostos e dos Órfãos. Origem do Direito das Crianças**. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia** 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos com revisão de Madalena Requixa, Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SHELMAN, Eric A.; LAZORITZ, Stephen. **Out of the Darkness. The Story of Mary Ellen Wilson**. Kindle Edition, Dolphin Moon Publishing, 1999, formato *ebook*.

SHUE, Henry. **Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy**. Second edition. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Júlio Barbosa e. O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro). In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. 1º semestre de 2015, n.º 1, Lisboa, 2004, pp. 113-158.

SILVA, Maria Elizabeth da. **Desenvolvimento Psicológico na Infância. Uma incursão aos segredos da construção da personalidade infantil**. 1ª ed., São Paulo: Editora Cia do E-book, 2018, versão E-book do Kindle.

SILVA, Vasco Pereira da. Todos diferentes, todos iguais. Breves Considerações acerca da Natureza Jurídica dos Direitos Fundamentais. In: **Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes**. vol. III. Lisboa, 2011, pp. 553-583.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**. 6ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Exercício conjunto das responsabilidades parentais: igualdade ou retorno ao patriarcado? In: SOTTOMAYOR, Maria Clara; ALMEIDA, Maria Teresa Féria de (Coord.). **E foram felizes para sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 113-146.

SOUZA, Jefferson Lima de. O Diálogo entre o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e seu impacto na proteção dos Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Ana Maria Guerra (Coord.). **A Proteção Multinível dos Direitos Fundamentais. Estudos sobre Diálogo Judicial**. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, pp. 11-54.

SPITZ, René Arpad. **O primeiro ano de vida: um estudo psicanalítico do desenvolvimento normal e anômalo das relações objetais**. Trad. Erothildes Millan Barros da Rocha, 2ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1980.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Aline. Projeto de Apadrinhamento Afetivo e os Desdobramentos da Lei Estadual 7.149, de 17.12.2015. In: BITTENCOURT, Sávio (Coord.). **Adoção e o Direito de viver em família. Famílias em Concreto e os Grupos de Apoio à Adoção**. Curitiba: Juruá Editora, 2017, pp. 101-111.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 17-39.

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. Family Law and Family Values in Portugal. In: MACLEAN, Mavis (Coord.). **Family Law and Family Values**. Oregon: Hart Publishing, 2005, pp. 311-342.

TRINCÃO, S./ SAMPAIO, F. **Lei das XII Tábuas. Tradução e Comentário**, Coimbra: Livraria Eloy, 1912.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, pp. 351-359.

VIDAL, Joana Marques. Crianças, Jovens e Tribunais. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho; GUERRA, Paulo (coord.). **Estudos em Homenagem a Rui Epifânio**, Coimbra: Editora Almedina, 2010, pp. 111-128.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora Método, 2009, pp. 49-69.

#### **SITES CONSULTADOS (por ordem cronológica de acesso):**

<<https://www.cnj.jus.br/corporativo/usuarioPaginaPrincipal.php>>. Acesso em 25 jan. 2018.

<[http://www.seg-social.pt/documents/10152/15292962/Relatorio\\_CASA\\_2016/b0df4047-13b1-46d7-a9a7-f41b93f3eae7](http://www.seg-social.pt/documents/10152/15292962/Relatorio_CASA_2016/b0df4047-13b1-46d7-a9a7-f41b93f3eae7)>. Acesso em 05 mar. 2018.

<<https://www.nyspcc.org/about-the-new-york-society-for-the-prevention-of-cruelty-to-children/history/>>. Acesso em 05 abr. 2018.

<<http://www.supremecourt.justia.com>>. Acesso em 05 jul. 2018.

<<http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca-1>>. Acesso em 05 jul. 2018.

<[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en)>. Acesso em 05 jul. 2018.

<<https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca1.aspx>>. Acesso em 09 jul. 2018.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha\\_informativa\\_10\\_os\\_direitos\\_crianca.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/ficha_informativa_10_os_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2018.

<<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/onu-proteccao.dh/orgaos-onu-comite-dc>>. Acesso em 09 jul. 2018.

<[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration\\_cultural\\_diversity\\_pt.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf)>. Acesso em 18 jul. 2018.

<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/data.pdf>>. Acesso em 19 jul. 2018.

<<http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/informacoes/apadrinhamento.html>>. Acesso em 02 ago. 2018.

<[http://www.camaracascavel.pr.gov.br/images/stories/leis/files/6\\_831.pdf](http://www.camaracascavel.pr.gov.br/images/stories/leis/files/6_831.pdf)>. Acesso em 23 set. 2018.

<<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/parana-programa-de-acolhimento-familiar.aspx>>. Acesso em 23 set. 2018.

<[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 25 set. 2018.

<[ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2017/estimativa\\_TCU\\_2017\\_20180824.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_TCU_2017_20180824.pdf)>. Acesso em 10 out. 2018.

<[https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0008273&selTab=tab0](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0008273&selTab=tab0)>. Acesso em 10 out. 2018.

<<https://www.humanium.org/en/geneva-declaration/>>. Acesso em 11 out. 2018.

<[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 11 out. 2018.

<<https://www.publico.pt/2018/12/27/sociedade/noticia/familias-acolhimento-xxxx-1855951>>. Acesso em 15 jan. 2019.

<<https://www.publico.pt/2018/11/20/sociedade/noticia/nao-vao-existir-familias-acolhimento-nao-existirem-meios-fiscalizarem-1851691>>. Acesso em 15 jan. 2019.

<[https://www.publico.pt/2019/01/15/sociedade/noticia/lucilia-gago-quer-investigacoes-delinquencia-juvenil-1857927?utm\\_source=notifications&utm\\_medium=web&utm\\_campaign=1857927](https://www.publico.pt/2019/01/15/sociedade/noticia/lucilia-gago-quer-investigacoes-delinquencia-juvenil-1857927?utm_source=notifications&utm_medium=web&utm_campaign=1857927)>. Acesso em 15 jan. 2019.

<<http://apadrinhar.org/o-projeto/>>. Acesso em 21 jan. 2019.

<<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/4588702/Manual+de+Acolhimento+Familiar+-+Orienta%C3%A7%C3%B5es+Iniciais/c28d62b6-0f50-242b-4f50-8d3acb0f303c>>. Acesso em 29 jan. 2019.

<<http://www.constituteproject.org>>. Acesso em 11 mar. 2019.

<<http://www.babybox.cz/>>. Acesso em 06 mai. 2019.

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692-adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. Acesso em 09 mai. 2019.

<[http://www.seg-social.pt/documents/10152/16000247/Relatorio\\_CASA\\_2017/537a3a78-6992-4f9d-b7a7-5b71eb6c41d9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/16000247/Relatorio_CASA_2017/537a3a78-6992-4f9d-b7a7-5b71eb6c41d9)>. Acesso em 09 mai. 2019.

<[https://www.cnj.jus.br/cnca/relatorio/relatorio.phpfile:///C:/Users/User/Downloads/Acolhido%20\(11\).pdf](https://www.cnj.jus.br/cnca/relatorio/relatorio.phpfile:///C:/Users/User/Downloads/Acolhido%20(11).pdf)>. Acesso em 09 mai. 2019.

<<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/relatorios/relatorioEstatisticoGeral.jsf>>. Acesso em 09 mai. 2019.

<[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_234872/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234872/lang--pt/index.htm)>. Acesso em 14 mai. 2019.

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 14 mai. 2019.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto\\_internacional\\_sobre\\_os\\_direitos\\_economicos.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2019.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em 15 mai. 2019.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_direitos\\_crianca\\_venda\\_crianças-pornog\\_infantil.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_direitos_crianca_venda_crianças-pornog_infantil.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2019.

<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em 15 mai. 2019.

<[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en)>. Acesso em 16 mai. 2019.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras\\_minimas\\_beijing.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf)>. Acesso em 16 mai. 2019.

<[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 16 mai. 2019.

<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/denuncias/>>. Acesso em 16 mai. 2019.

<[https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/327823/details/normal?\\_search\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_print\\_preview=print-preview](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/327823/details/normal?_search_WAR_drefrontofficeportlet_print_preview=print-preview)>. Acesso em 22 mai. 2019.

<[https://www.publico.pt/2019/05/22/sociedade/noticia/2018-menos-criancas-acompanhadas-estarem-perigo-819-institucionalizadas-1873723?utm\\_source=notifications&utm\\_medium=web&utm\\_campaign=1873723](https://www.publico.pt/2019/05/22/sociedade/noticia/2018-menos-criancas-acompanhadas-estarem-perigo-819-institucionalizadas-1873723?utm_source=notifications&utm_medium=web&utm_campaign=1873723)>. Acesso em 22 mai. 2019.

<<https://www.publico.pt/2018/12/27/sociedade/noticia/familias-acolhimento-xxxx-1855951>>. Acesso em 22 mai. 2019.

<<https://www.publico.pt/2018/11/20/sociedade/noticia/nao-vao-existir-familias-acolhimento-nao-existirem-meios-fiscalizarem-1851691>>. Acesso em 22 mai. 2019.

<<https://dre.pt/application/file/a/571090>>. Acesso em 23 mai. 2019.

<<https://dre.pt/application/file/219821>>. Acesso em 23 mai. 2019.

<[http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei\\_proteccao\\_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9](http://www.seg-social.pt/documents/10152/13588/lei_proteccao_infancia/955222e6-dcab-4fe1-b0f5-82d0c9bc40e9)>. Acesso em 23 mai. 2019.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 26 mai. 2019.

<[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em 22 jun. 2019.

<<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroina-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em 22 jun. 2019.

<<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/apr/18/boris-cyrulnik-children-trauma>>. Acesso em 24 jun. 2019.

<<https://www.dicio.com.br/afeto/>>. Acesso em 25 jun. 2019.

<<https://expresso.pt/politica/2019-06-14-Lei-sobre-residencia-alternada-cai>>. Acesso em 25 jun. 2019.

<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pacto-nacional-pela-primeira-infancia>>. Acesso em 26 jun. 2019.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em 26 jun. 2019.

<[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015\\_01\\_1871\\_1893.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1871_1893.pdf)>. Acesso em 09 jul. 2019.

<<https://www.dicio.com.br/oitiva/>>. Acesso em 06 ago. 2019.

<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) ou em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral12.pdf>>. Acesso em 15 ago. 2019.

<<http://gddc.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/comite-dos-direitos-da-crianca?menu=direitos-humanos>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo\\_facultativo\\_convencao\\_sobre\\_direitos\\_crianca\\_relativo\\_instituicao\\_procedimento\\_comunicacao.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocolo_facultativo_convencao_sobre_direitos_crianca_relativo_instituicao_procedimento_comunicacao.pdf)>. Acesso em 19 ago. 2019.

<<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-regrasprocedimentocomunicacoes.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral4.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc-comentariogeral5.pdf>>. Acesso em 19 ago. 2019.

<[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs\\_referencia/declaracao\\_universal\\_direitos\\_crianca.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf)>. Acesso em 04 set. 2019.

<<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres>>. Acesso em 24 set. 2019.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc\\_recomendacoes\\_a\\_portugal.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cdc_recomendacoes_a_portugal.pdf)>. Acesso em 17 out. 2019.

<<http://www.ajudadeberco.pt>>. Acesso em 29 jan. 2020.

<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfbfbd-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>>. Acesso em 02 jun. 2020.

<<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>. Acesso em 04 jun. 2020.



<[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes\\_conanda\\_covid19\\_25032020.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf)> Acesso em 04 jun. 2020.

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007013618&fastReqId=638963727&fastPos=1>>. Acesso em 05 jun. 2020.

<<https://www.tjsp.jus.br/ApadrinhamentoAfetivo>>. Acesso em 10 jun. 2020.

<[http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/cartilha\\_projeto-\\_padrinho\\_em\\_revisao\\_fev2018\\_pdf.pdf](http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/cartilha_projeto-_padrinho_em_revisao_fev2018_pdf.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2020.

<[https://www.tjms.jus.br/projetos/projeto\\_padrinho.php](https://www.tjms.jus.br/projetos/projeto_padrinho.php)>. Acesso em 14 jun. 2020.

<<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100184849/projeto-padrinho-recebe-mencao-honrosa-em-premiacao-do-cnj>>. Acesso em 14 jun. 2020.

<<http://conhecimento.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizarconteudo/5736540/7179838>>. Acesso em 18 jun. 2020.

<[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 28 jun. 2020.

<<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>>. Acesso em 03 jul. 2020.

<<http://www.dicio.com.br>>. Acesso em 08 jul. 2020.

<[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/conanda/orientacoes\\_tecnicas\\_crianca\\_a\\_doléscente\\_2009.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/conanda/orientacoes_tecnicas_crianca_a_doléscente_2009.pdf)>. Acesso em 13 jul. 2020.

<<http://www.assistenciasocial.al.gov.br/sala-de-imprensa/arquivos/folder.2010-11-23.9973739377/Tipificacao.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2020.

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num\\_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69913917&num_registro=201401869064&data=20170307&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 08 set. 2020.

<<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>>. Acesso em 23 set. 2020.

<<https://www.cnj.jus.br/sna/principal.jsp>>. Acesso em 23 set. 2020.

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3784e8ede0c4712d80257a80003e55a8?OpenDocument&Highlight=0,2366%2F09.8TMLS-B.L1-2>>. Acesso em 14 out. 2020.

<[http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc\\_com\\_geral\\_14.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf)>. Acesso em 14 out. 2020.

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=45589&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=45589&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em 14 out. 2020.